



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 2, Part 2**

**1999, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1999] 2 F.C., 211-453**

**Renvoi [1999] 2 C.F., 211-453**

---



Published by

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

---

Editorial Board

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

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

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

---

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIault  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1999.

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

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

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

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

Publié par

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIault  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

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

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

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.*

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests ..... D-37  
Appeals Noted ..... I

Canada v. J.D. Irving, Ltd. (T.D.) ..... 346

Maritime law — Practice — Motion for summary judgment — Action to recover expenses incurred to raise barge sunk in 1970 while carrying cargo of bunker oil — Initial oil spill extensively damaging shore of Magdalen Islands — Small, intermittent oil leaks since giving rise to minor preventive measures — 1992 report recommending immediate preventive action considering progressive deterioration of barge, risk of massive oil escape — In 1996 barge raised — 1997 action alleging liability based on Canada Shipping Act, Part XVI; negligence, nuisance — (1) Act, s. 677(10) providing no action in respect of matter referred to in subsection (1) lies unless commenced (a) where pollution damage occurred, within 3 years after day pollution damage occurred, and within 6 years after occurrence causing pollution; or (b) where no pollution damage occurred, within 6 years after occurrence — S. 677(1)(a) imposing liability on ship owner for pollution damage, applied since damage occurred in 1970 — Assuming s. 677(1)(b), imposing liability on ship owner for preventive measures, applied, “occurrence” meaning event causing, likely to cause pollution damage, based on history, purpose of Part XVI, consequences of proposed interpretations — S. 677(10) barring claim as out of time — Reasonable grounds for Minister to believe pollution damage from barge likely before 1992 report on which now relies — Proper application of discoverability principle requiring time to start running from 1970 — (2) S. 681 exempting owner of Convention ship from liability for matters referred to in s. 677(1) otherwise than as provided by Part — As unclear barge still Convention ship, J.D. Irving, Limited still owner, s. 681 may not apply — Also torts of negligence, nuisance may be of continuing nature — No evidence on alleged torts, when might have occurred — Impossible to find facts

Continued on next page

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-45  
Appels notés ..... I

Canada c. J.D. Irving, Ltd. (1<sup>re</sup> inst.) ..... 346

Droit maritime — Pratique — Requête en jugement sommaire — Action en recouvrement de dépenses engagées pour renflouer une barge qui a coulé en 1970 avec sa cargaison de mazout — Premier déversement d'hydrocarbure causant des dommages importants aux rivages des Îles de la Madeleine — Petites quantités d'hydrocarbures rejetées de façon intermittente par la suite, donnant lieu à des mesures préventives mineures — Rapport en 1992 recommandant des mesures préventives immédiates compte tenu de la détérioration progressive de la barge et du risque de rejet massif d'hydrocarbures — Barge remise à flot en 1996 — Action intentée en 1997 alléguant la responsabilité fondée sur la partie XVI de Loi sur la marine marchande, sur la négligence, sur la nuisance — 1) L'art. 677(10) prévoit que les actions «fondées sur la responsabilité décrite au paragraphe (1)» se prescrivent: a) s'il y a eu dommages par pollution, par 3 ans à compter du jour où les dommages se sont produits et par 6 ans à compter de l'événement qui les a causés; ou b) s'il n'y a pas eu dommages par pollution, par 6 ans à compter de l'événement — L'art. 677(1)a), qui impose la responsabilité au propriétaire du navire pour des dommages dus à la pollution, s'appliquait puisque les dommages sont survenus en 1970 — Si l'art. 677(1)b), qui impose la responsabilité au propriétaire du navire pour les mesures préventives, s'appliquait, le terme «événement» signifiant un événement qui a causé ou qui causera vraisemblablement des dommages par pollution, vu l'historique et le but de la Partie XVI, quelles seraient les conséquences des interprétations proposées? — L'art. 677(10) rend l'action irrecevable parce que prescrite — Vraisemblable que le ministre ait eu, avant le dépôt du rapport de 1992 sur lequel il s'appuie maintenant, des motifs raisonnables de croire que la barge causerait des dommages par pollution —

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Continued)

necessary to release defendant from claim for liability in tort outside scope of s. 677(1) — (3) Liability under Part XVI limited to owner of vessel — While definition of owner including charterer, bare-boat charter to Atlantic Towing Ltd. terminated without notice in accordance with conditions upon sinking of vessel — Part XVI action dismissed against defendants other than J.D. Irving, Limited — (4) S. 84(1) (enacting Part XVI) expressly applies in respect of expenses incurred after coming into force — Event/occurrence taking place prior to April 24, 1989 when Part XVI not in force may produce legal effects, give rise to claim thereunder after such time — Since claim against SOPF arising entirely under statute, provision must be given full force, effect — Presumption against retroactivity displaced — (5) S. 710(1)(a) permitting claim to be filed with Administrator of Ship-source Oil Pollution Fund for expenses referred to in s. 677(1) in respect of oil pollution damage where oil pollution damage occurred within 2 years after day damage occurred, and 5 years after occurrence causing damage — Claim against SOPF time-barred — (6) S. 699 providing International Oil Pollution Compensation Fund liable where claimant unable to obtain full compensation from ship owner after occurrence — Fund's liability under Part XVI contingent upon liability under Fund Convention — Fund Convention coming into effect in 1978 — Acceded to by Canada more than 10 years later — No indication in Fund Convention intended to have retroactive effect — Presumption against retroactivity fully applicable — (7) Claim time-barred against IOPC Fund under s. 677(10).

### **Canada Post Corp. v. Barrette (T.D.) ..... 250**

Administrative law — Judicial review — Decision of Canadian Human Rights Commission to investigate discrimi-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Bonne application du principe de la possibilité de découverte des dommages commande que le délai commence à courir en 1970 — 2) Suivant l'art. 681, la responsabilité du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention quant aux questions mentionnées à l'art. 677(1) est limitée à celle que prévoit la Partie — N'étant pas clair que la barge était encore un navire soumis à l'application de la Convention, l'art. 681 pouvait ne pas s'appliquer — De plus, les délits de négligence et de nuisance peuvent être de nature continue — Aucune preuve des délits allégués, ni du moment où ils se seraient produits — Impossibilité de tirer des conclusions sur les faits essentiels pour permettre de dégager la défenderesse de toute demande fondée sur sa responsabilité délictuelle non visée par l'art. 677(1) — 3) La responsabilité prévue par la Partie XVI se limite au propriétaire du navire — Bien que la définition de propriétaire englobe l'affréteur, l'affrètement coque-nue en faveur d'Atlantic Towing Ltd. a pris fin sans préavis par application de ses propres modalités lorsque le navire a sombré — L'action fondée sur la Partie XVI a été rejetée contre les défendeurs autres que J.D. Irving, Limited — 4) L'art. 84(1) (qui a adopté la Partie XVI) s'applique expressément aux dépenses engagées après son entrée en vigueur — Un événement survenu avant le 24 avril 1989, lorsque la Partie XVI n'était pas encore en vigueur, peut produire des effets juridiques et donner lieu à une demande en vertu de cette partie après cette date. — La réclamation contre la Caisse d'indemnisation tirant entièrement son origine de la Loi, cette disposition doit s'appliquer pleinement — Présomption d'absence d'effet rétroactif réfutée — 5) L'art. 710(1)(a) permet le dépôt, auprès de l'administrateur de la Caisse d'indemnisation, d'une demande de recouvrement de frais mentionnés à l'art. 677(1) pour des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans les 2 ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les 5 ans suivant l'événement qui les a causés — La demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation était prescrite — 6) L'art. 699 prévoit que le Fonds international est tenu de verser une indemnisation lorsqu'un créancier a été incapable d'obtenir pleine indemnisation de la part du propriétaire du navire après la survenance d'un événement — Responsabilité du Fonds international sous le régime de la Partie XVI liée à sa responsabilité en vertu de la Convention sur le Fonds — Convention sur le Fonds entrée en vigueur en 1978 — Adhésion du Canada plus de 10 ans plus tard — Rien n'indique dans la Convention sur le Fonds qu'elle doit avoir un effet rétroactif — Présomption d'absence d'effet rétroactif pleinement applicable — 7) La demande dirigée contre le Fonds international était prescrite en vertu de l'art. 677(10).

### **Société canadienne des postes c. Barrette (1<sup>re</sup> inst.) 250**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

nation complaints — CHRC rejecting employer's request it exercise discretion under CHRA, s. 41(e) not to deal with complaint as out of time — Despite general reluctance to intervene before administrative process complete, Court may terminate Commission's investigation of complaint when benefits of determining question at this stage outweigh costs accompanying early judicial intervention — CHRA, s. 41 providing CHRC shall deal with any complaint filed unless, in respect of that complaint, it appears to Commission that it falls within one or more of 5 listed categories — Commission has *prima facie* duty to deal with complaint, discretion to deal with complaint to which one of paras. of s. 41 applies — CHRC must decide whether complaint within exception — Confirming court should not subject to close scrutiny CHRC's decision to deal with complaint — Since purpose of statutory scheme to reduce inequality, Court reluctant to conclude CHRC erred by taking too narrow view of exceptions — Closer judicial scrutiny justified if CHRC deciding not to deal with complaint, as normally final disposition of matter.

Human rights — Judicial review of CHRC's decision to investigate complaints of discrimination on ground of disability though out of time — CHRA, s. 41(e) providing CHRC shall deal with any complaint filed unless complaint based on acts, omissions, last of which occurring more than one year, or such longer period of time as CHRC considering appropriate in circumstances, before receipt of complaint — Respondent, Nolan, filing complaint 10 months outside one-year period that applies unless CHRC exercising discretion to extend — Court can only set aside CHRC's decision to proceed with complaint under s. 41(e) if satisfied CHRC manifestly refusing to exercise discretion, or exercise of discretion patently unreasonable — (1) (i) Investigator's report, on which CHRC based decision to proceed outside time limit, deficient as not covering issue of public interest in complaint as required in Compliance Manual — But failure to comply with non-statutory formal requirement not error of law — (ii) While neither CHRC's letter of decision nor s. 41 report providing positive rationale for exercise of s. 41(e) discretion, no statutory duty on CHRC to give reasons for proceeding in face of s. 41 objection; duty of fairness not imposing on CHRC duty to give complete statement of reasons for deciding to conduct investigation — CHRC neither erring in law nor abusing discretion when deciding to extend time by two months to enable it to deal with respondent, Barrette's, complaint — (2) CHRC's failure to refer to issue of whether should investigate complaint apparently made in bad faith, not leading to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur des plaintes de discrimination — La CCDP a rejeté la demande de l'employeur l'invitant à exercer son pouvoir discrétionnaire accordé par l'art. 41e) de la LCDP de déclarer la plainte irrecevable parce qu'elle a été déposée après l'expiration du délai prescrit — Malgré la réticence générale à l'égard d'une intervention avant que la procédure administrative ait suivi son cours, la Cour peut mettre fin à l'enquête ouverte par la Commission lorsque les avantages d'une décision à cette étape l'emportent sur les coûts qui accompagnent une intervention judiciaire hâtive — Ainsi qu'il est prévu à l'art. 41 de la LCDP, la CCDP statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un ou plusieurs des cinq motifs énumérés dans cette disposition — La Commission a, à première vue, l'obligation de statuer sur une plainte et elle a le pouvoir discrétionnaire d'instruire une plainte visée par l'un des motifs d'irrecevabilité énumérés à l'art. 41 — Il appartient à la CCDP de décider si une plainte relève de l'un de ces motifs — Cela confirme que la Cour ne devrait pas scruter à la loupe la décision de la CCDP d'instruire une plainte — Comme ce texte législatif a pour objet de réduire les inégalités, la Cour hésite à conclure que la CCDP a commis une erreur en interprétant trop étroitement les exceptions — Un examen judiciaire attentif est justifié lorsque la CCDP décide de ne pas examiner une plainte, puisqu'il s'agit normalement d'une décision définitive.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision de la CCDP d'enquêter sur des plaintes de discrimination fondée sur la déficience bien qu'elles aient été déposées après l'expiration du délai prescrit — En vertu de l'art. 41e) de la LCDP, la CCDP statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins que la plainte n'ait été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances — Le défendeur Nolan a déposé sa plainte dix mois après l'expiration du délai d'un an qui s'applique à moins que la CCDP n'exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder un délai supérieur — La Cour peut annuler une décision d'instruire une plainte en vertu de l'art. 41e) uniquement si elle est convaincue que la CCDP a visiblement refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était manifestement déraisonnable — (1) (i) Le rapport d'enquête sur lequel la CCDP a fondé sa décision d'instruire la plainte malgré l'expiration du délai prescrit comportait des lacunes parce qu'il ne prenait pas en considération la question de l'intérêt que la plainte revêt pour le public, ainsi que l'exige le Guide de mise en œuvre — Toutefois, l'inobservation d'une condition formelle non législative ne constitue pas une erreur de droit — (ii) Bien que ni le rapport relatif à l'art. 41 ni la lettre de décision de la CCDP n'expliquent pourquoi la CCDP a décidé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 41e), la CCDP n'est pas tenue par la loi d'exposer les motifs pour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

inference CHRC not considering it — Court should not impose stringent procedural standards on CHRC at this early stage — (3) As Nolan's complaint asserting discrimination on ground contained in CHRA, and limited facts before CHRC, its decision to proceed to investigation not patently unreasonable.

Estoppel — Whether doctrine of issue estoppel applies to prevent Canadian Human Rights Commission from investigating complaints already subject of unsuccessful grievance — S. 41(a) (exempting CHRC from requirement to deal with complaint where grievance, review procedures not exhausted) showing Parliament had in mind possibility of overlap between CHRC, grievance procedures, and gave CHRC discretion not to investigate until procedures exhausted — Would have expressly so stated had it intended to also give CHRC discretion not to investigate when procedures exhausted — Even assuming arbitrator's decision can estop CHRC from investigating, only possible to decide whether doctrine should apply after careful consideration of all circumstances — Cannot require CHRC at preliminary stage of investigation to engage in extensive investigation of facts, law to determine whether to apply doctrine of issue estoppel — Question should be addressed only after CHRC investigating complaint — CHRC may not refuse to investigate complaint on ground complainant pursued matter before labour arbitrator who decided grievance against complainant.

### **Desjardins, Ducharme, Stein, Monast v. Canada (Department of Finance) (T.D.) ..... 381**

Access to information — Applicant challenging decision authorizing disclosure of certificates confirming fee accounts of *amicus curiae* appointed by S.C.C. for hearing of Reference re Secession of Quebec — Request for information

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

lesquels elle donne suite à une plainte en dépit d'une objection fondée sur l'art. 41, et l'obligation d'équité qui lui incombe ne l'oblige pas à fournir un exposé détaillé des motifs pour lesquels elle a décidé de mener une enquête — La CCDP n'a pas commis d'erreur de droit ni exercé abusivement son pouvoir discrétionnaire en décidant de proroger le délai de deux mois de façon à pouvoir statuer sur la plainte du défendeur Barrette — 2) On ne peut déduire du défaut de la CCDP de traiter la question de savoir si elle devrait enquêter sur une plainte apparemment entachée de mauvaise foi qu'elle ne l'a pas examinée — La Cour ne devrait pas imposer à cette première étape des normes procédurales rigoureuses à la CCDP — 3) Comme le défendeur Nolan invoquait dans sa plainte un motif de distinction illicite prévu par la LCDP et comme les faits soumis à la CCDP étaient limités, la décision de la CCDP de mener une enquête n'était pas manifestement déraisonnable.

Fin de non-recevoir — L'exception de chose jugée s'applique-t-elle de manière à empêcher la Commission canadienne des droits de la personne de mener une enquête sur des plaintes qui ont déjà été rejetées par des arbitres? — Il ressort de l'art. 41a) (qui soustrait la CCDP à l'obligation de statuer sur une plainte si les procédures d'appel ou de règlement des griefs n'ont pas été épuisées) que le législateur a songé à la possibilité d'un chevauchement entre la procédure de la CCDP et la procédure de règlement des griefs, et qu'il a accordé à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête tant que ce mécanisme de recours n'a pas été épuisé — S'il avait également voulu donner à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête une fois que ce mécanisme a été épuisé, il l'aurait dit expressément — Même en supposant que la décision d'un arbitre peut empêcher à jamais la CCDP de mener une enquête, c'est uniquement après un examen approfondi de toutes les circonstances qu'il sera possible de décider si l'exception de chose jugée devrait s'appliquer — On ne peut exiger de la CCDP qu'elle procède, à cette étape préliminaire, à l'enquête approfondie des faits et du droit afin de décider s'il convient d'appliquer l'exception de chose jugée — C'est une question qui devrait être examinée seulement après que la CCDP a enquêté sur la plainte — La CCDP ne peut pas refuser d'enquêter sur une plainte au motif que le plaignant a exercé un recours devant un arbitre en relations du travail, qui a rejeté son grief.

### **Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Canada (Ministère des Finances) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 381**

Accès à l'information — La demanderesse a contesté la décision permettant la divulgation d'attestations de conformité de comptes d'honoraires de l'*amicus curiae* désigné par la C.S.C. aux fins de l'audition du Renvoi relatif à la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

made by intervenor under Access to Information Act — Relationship between *amicus curiae*, S.C.C. not solicitor-client relationship under Act, s. 23 — Only particulars of *amicus curiae*'s professional services considered confidential, would not be disclosed — Certificates records under control of government institution (Department of Finance) — Mere physical possession of records by respondent sufficient, under Act, s. 4(1), to require disclosure of requested information — Payment of *amicus curiae*'s fees matter for respondent, not S.C.C. — Upon application for review, Court's function to consider matter *de novo* — Government institution may fully participate in argument regarding disclosure, non-disclosure of requested information under Act, ss. 44, 48.

Barristers and Solicitors — Quebec lawyer appointed *amicus curiae* by S.C.C. under Supreme Court Act, s. 53(7) to assist Court in responding to questions asked of it in Reference case — For sake of confidentiality must submit fee, disbursement accounts to third party for review, certification — Access to information coordinator for respondent authorizing disclosure of certificates confirming *amicus curiae*'s fee accounts — Relationship between *amicus curiae*, S.C.C. not solicitor-client relationship — Only particulars of *amicus curiae*'s professional services considered to be subject to privilege.

### **Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 432**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, national of Venezuela, convicted in Canada of conspiracy to effect escape from Canadian jail of Colombian drug traffickers — CRDD holding applicant excluded from consideration as Convention refugee by United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c): Convention not applicable to persons whom serious reasons for considering guilty of acts contrary to purposes of UN — CRDD erred in law — S.C.C. in *Pushpanathan* holding until international community makes clear its view drug trafficking serious violation of fundamental human rights amounting to persecution, no rationale for including it among grounds for exclusion.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sécession du Québec — Demande de renseignements faite par un intervenant en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — La relation entre l'*amicus curiae* et la C.S.C. n'est pas une relation client-avocat au sens de l'art. 23 de la Loi — Seul le détail des actes professionnels de l'*amicus curiae* est considéré de nature confidentielle et ne doit pas être divulgué — Les certificats d'attestation sont des documents qui relèvent d'une institution fédérale (ministère des Finances) — La simple possession matérielle des documents par le défendeur est suffisante, aux termes de l'art. 4(1) de la Loi, pour l'obliger à divulguer les renseignements demandés — Le paiement des honoraires de l'*amicus curiae* était du ressort du défendeur et non de celui de la C.S.C. — Lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à examiner l'affaire de nouveau — L'institution fédérale peut participer pleinement aux débats relatifs à la divulgation ou à la non-divulgation de l'information demandée en vertu des art. 44 et 48 de la Loi.

Avocats — Un avocat du Québec a été désigné *amicus curiae* par la C.S.C. en vertu de l'art. 53(7) de la Loi sur la Cour suprême pour aider la Cour à répondre aux questions qui lui ont été soumises dans l'affaire du Renvoi — Pour fins de confidentialité, il devait soumettre à un tiers ses comptes d'honoraires et de déboursés pour analyse et certification — Le coordonnateur de l'accès à l'information du défendeur a permis la divulgation d'attestations de conformité des comptes d'honoraires de l'*amicus curiae* — La relation entre l'*amicus curiae* et la C.S.C. n'est pas une relation client-avocat — Seul le détail des actes professionnels de l'*amicus curiae* est considéré comme étant protégé par le secret professionnel.

### **Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 432**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR concluant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, a été déclaré coupable au Canada de complot en vue de faire évader d'une prison canadienne des trafiquants de drogues colombiens — La SSR a statué que le demandeur était exclu au titre d'une considération comme réfugié au sens de la Convention aux termes de l'art. 1F(c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés: la Convention ne s'applique pas aux personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies — La SSR a commis une erreur de droit — La C.S.C. dans l'arrêt *Pushpanathan* a statué que tant que la communauté internationale n'aura pas dit clairement qu'elle estime que le trafic des drogues est une violation grave des droits fondamentaux

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, national of Venezuela, removed thereto, when Court denied application to stay removal order — Deportation not eliminating all rights accruing to individual under Immigration Act where decision under review based upon error of law — S. 48 requiring respondent to execute removal order as soon as reasonably practicable — S. 82.1(1) conferring on applicant right to seek judicial review of CRDD's decision — Against overarching, clear human rights object, purpose as background for interpretation of Act, in absence of express words so requiring, s. 82.1 should not be interpreted so that rendered nugatory by performance by respondent of s. 48 duty.

Judges and Courts — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee on grounds excluded under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c) — Applicant, national of Venezuela, removed thereto, when Court denied application to stay removal order — Application not moot — Live controversy — Deportation not eliminating all rights accruing to individual under Immigration Act where decision under review based upon error of law — S. 48 requiring respondent to execute removal order as soon as reasonably practicable — S. 82.1(1) conferring on applicant right to seek judicial review of CRDD's decision — Against overarching, clear human rights object, purpose as background for interpretation of Act, in absence of express words so requiring, s. 82.1 should not be interpreted so that rendered nugatory by performance by respondent of s. 48 duty — In circumstances, significant weight not given to concern for judicial economy — In any event, Court having discretion to hear moot matter — Criteria set out by S.C.C. in *Borowski* for exercise of discretion applied — Not improper assumption of law-making function, but deference to Parliament which created conflict between respondent's duty, applicant's right without expressly stating priority.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la personne constituant une persécution, rien ne justifie qu'il soit considéré comme un motif d'exclusion.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR statuant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, y a été renvoyé quand la Cour a refusé la demande visant à surseoir à la mesure de renvoi — L'expulsion n'annihile pas tous les droits que la Loi sur l'immigration confère à une personne lorsque la décision faisant l'objet du contrôle se fonde sur une erreur de droit — L'art. 48 exige que le défendeur exécute la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent — L'art. 82.1(1) confère au demandeur le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la SSR — Compte tenu des buts et objectifs généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation de la Loi, en l'absence de dispositions expresses à cet effet, l'art. 82.1 ne doit pas être interprété de façon à être rendu inopérant du fait que le défendeur s'est acquitté de l'obligation visée à l'art. 48.

Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR statuant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention au motif qu'il est exclu en vertu de l'art. 1F(c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, y a été renvoyé quand la Cour a refusé sa demande visant à surseoir à la mesure de renvoi — La demande n'est pas théorique — Il y a un litige actuel — L'expulsion n'annihile pas tous les droits que la Loi sur l'immigration confère à une personne lorsque la décision faisant l'objet du contrôle se fonde sur une erreur de droit — L'art. 48 exige que le défendeur exécute la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent — L'art. 82.1(1) confère au demandeur le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la SSR — Compte tenu des buts et objectifs généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation de la Loi, en l'absence de dispositions expresses à cet effet, l'art. 82.1 ne doit pas être interprété de façon à être rendu inopérant du fait que le défendeur s'est acquitté de l'obligation visée à l'art. 48 — Dans les circonstances, on n'a pas accordé beaucoup d'importance à l'économie des ressources judiciaires — Quoi qu'il en soit, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire théorique — Les critères énoncés par la C.S.C. dans l'arrêt *Borowski* relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont appliqués — La Cour n'a pas assumé de façon inappropriée une fonction d'élaboration du droit, mais a fait preuve de respect à l'égard du législateur qui a créé un conflit entre l'obligation du défendeur et le droit du demandeur sans établir de priorité explicite.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The) (T.D.) ..... 417**

Evidence — Motion to allow plaintiff to rely, as evidence, on documents, not appended to affidavits, it has produced at request of various claimants to sale proceeds of ship at or following cross-examination of plaintiff's witness — Documents merely produced to and examined by counsel do not form part of evidence of case, but should counsel for claimants who cross-examined plaintiff's deponent wish to rely upon any document in package or set, then necessarily related documents in package or set may be relied upon by plaintiff.

Practice — Variation of time — Motion to file supplemental affidavit of claim to update balance owing on claim in matter of priorities to sale proceeds of ship — To extend time for filing more affidavit material contrary to Federal Court r. 492(2) and F.C.A. view stated in *National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc.* — R. 55 ought not to be used to amend r. 492(2), remove time bar — Furthermore, present proceeding not extraordinary case presenting special circumstances bringing it within r. 55 — Considering all circumstances, including need to move to prompt determination of entitlement to sale proceeds of ship and to bring end to legal expenses of all claimants, factors outweigh any injustice to plaintiff resulting from rejection of supplemental affidavit.

### **Hager v. ECW Press Ltd. (T.D.) ..... 287**

Copyright — Infringement — Plaintiff writing book on well known Aboriginal Canadians — Alleging major passages from chapter of book on singer Shania Twain incorporated into defendants' book about same performer, infringing copyright — Chapter based on interviews with Twain — No permission given for copied excerpts — Substantial amount of work taken — Case law on quotations from interviews reviewed — F.C.A. decision in *Tele-Direct* not realigning Canadian copyright law from U.K. to U.S.A. — Not intending significant departure from pre-existing law — Copyright not covering facts — Fair dealing exception in Copyright Act, ss. 29, 29.1, 29.2 not applicable — Use of plaintiff's work not made for purpose of research, criticism — Evidence concerning industry practice confused, unreliable — "Industry practice" not sanctioning copyright breaches — Defendants breaching plaintiff's copyright,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 417**

Preuve — Requête en vue d'autoriser la demanderesse à utiliser en preuve des documents, non joints à des affidavits, qu'elle a produits à la demande de différents créanciers devant se partager le produit de la vente du navire au moment du contre-interrogatoire de son témoin ou après — Les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve, mais si l'avocat des créanciers qui a contre-interrogé l'auteur de l'affidavit déposé au nom de la demanderesse souhaite s'appuyer sur un document faisant partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors la demanderesse peut s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires faisant partie de cette liasse ou série.

Pratique — Modification des délais — Requête en vue de déposer un affidavit supplémentaire de réclamation afin de mettre à jour le solde dû en vue d'établir l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du navire — Proroger le délai pour déposer d'autres affidavits est contraire à la règle 492(2) de la Cour fédérale et va à l'encontre de l'opinion de la C.A.F. énoncée dans l'arrêt *National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc.* — La règle 55 ne doit pas être utilisée pour modifier la règle 492(2), ni pour dispenser de l'observation du délai qui y est fixé — En outre, en l'espèce il ne s'agit pas d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour appliquer la règle 55 — Compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du navire et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la demanderesse résultant du rejet des affidavits supplémentaires.

### **Hager c. ECW Press Ltd. (1<sup>re</sup> inst.) ..... 287**

Droit d'auteur — Violation — La demanderesse a écrit un livre sur des Autochtones canadiens célèbres — Elle allègue que le livre des défendeurs sur la chanteuse Shania Twain renferme d'importants passages tirés d'un chapitre de son livre sur cette artiste, portant ainsi atteinte à son droit d'auteur — Le chapitre en cause était fondé sur des entrevues avec M<sup>me</sup> Twain — Aucune permission n'a été accordée à l'égard des extraits reproduits — Une partie importante de l'œuvre a été plagiée — Examen de la jurisprudence relative aux citations tirées d'entrevues — L'arrêt de la C.A.F. rendu dans *Télé-Direct* n'a pas fait passer le droit d'auteur canadien de son alignement antérieur sur le droit du Royaume-Uni à un alignement sur celui des États-Unis — Cet arrêt ne visait pas à s'écarter substantiellement de la jurisprudence antérieure — Le droit d'auteur ne vise pas les faits — L'exception relative à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

liable to damages under Act, s. 35.

### **Harris v. Canada (T.D.) ..... 392**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from A.S.P.'s decision striking out statement of claim for failure to disclose cause of action within Court's jurisdiction — Statement of claim alleging maladministration of Income Tax Act, seeking declarations against Crown, Minister — Federal Court Act, s. 17(1) giving F.C.T.D. concurrent original jurisdiction where relief claimed against Crown; s. 17(5)(b) conferring jurisdiction on F.C.T.D. in proceedings where relief sought against person involving performance of duties as officer, agent, servant of Crown — A.S.P.'s decision vital to final resolution of case as terminating action — Court having right to exercise discretion *de novo* — As action unique, not within stricture "when disputed point before lower court, no basis for declaratory action".

Practice — Parties — Standing — Taxpayer bringing action on own behalf, and on behalf of all taxpayers, except those benefitting from disputed ruling by departmental officials — Courts have discretion to award public interest standing to challenge exercise of administrative authority — Criteria set out in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* for public interest standing met — (1) Serious issues as to invalidity of "favouring" acts raised: maladministration of tax collection, erosion of tax base — (2) Plaintiff having genuine interest in subject-matter of action as employed Canadian taxpayer, member of association concerned with fair taxation — All taxpayers, except favoured few, sufficiently interested class whom plaintiff representing in this litigation — (3) No other reasonable, effective way to bring matter before Court — Neither favoured few nor Attorney General likely to bring action — Only other taxpayers who bear proportionately heavier burden of taxation natural plaintiffs — Breach of confidentiality of other taxpayers unnecessary to conduct litigation.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'utilisation équitable prévue aux art. 29, 29.1 et 29.2 de la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique pas — L'utilisation de l'œuvre de la demanderesse n'a pas été faite aux fins de recherche ou de critique — La preuve concernant la pratique de l'industrie était confuse et peu fiable — La «pratique de l'industrie» ne peut sanctionner des violations du droit d'auteur — Les défendeurs ont violé le droit d'auteur de la demanderesse et sont tenus, en vertu de l'art. 35 de la Loi, de verser des dommages-intérêts.

### **Harris c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 392**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel d'une décision du protonotaire adjoint radiant la déclaration parce qu'elle n'indiquait aucune cause d'action relevant de la compétence de la Cour — Déclaration alléguant la négligence dans l'administration de la Loi de l'impôt sur le revenu et visant l'obtention de déclarations contre la Couronne et le ministre — L'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale donne à la Section de première instance compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demandes de réparation contre la Couronne; l'art. 17(5)(b) confère compétence à la Section de première instance dans les actions en réparation intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits survenus dans l'exercice de ses fonctions — Décision du protonotaire adjoint déterminante pour la solution définitive de l'affaire puisqu'elle mettait fin à l'action — La Cour a le droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — L'action étant unique, elle ne tombait pas sous la restriction voulant qu'«il n'y a [. . .] pas ouverture à un jugement déclaratoire lorsque la question en litige a été confiée à un tribunal inférieur».

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le contribuable a intenté une action en son nom et au nom de tous les contribuables, à l'exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable des employés du Ministère — Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour contester un exercice de l'autorité administrative — Les critères énoncés dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* à l'égard de la qualité pour agir dans l'intérêt public ont été respectés — 1) Des questions graves relativement à l'invalidité des actes «de favoritisme» sont soulevées: la négligence dans l'administration de la perception des impôts et l'érosion de l'assiette fiscale — 2) Le demandeur a un intérêt véritable dans l'objet de l'action en tant que contribuable canadien qui travaille et en tant que membre d'une association qui s'occupe de la question de l'équité fiscale — L'ensemble des contribuables (à l'exception des quelques privilégiés) constituent une catégorie de gens suffisamment intéressés, que le contribuable représente aux fins du présent litige —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from order striking statement of claim filed on behalf of all taxpayers, except few benefitting from disputed tax ruling — Seeking declarations to compel Minister, Crown to comply with declaration as to meaning of “taxable Canadian property” in Income Tax Act — Court having jurisdiction under Federal Court Act, s. 17 to grant relief against Crown — Court having right to exercise discretion *de novo* when A.S.P.’s order vital to final determination of matter — Application of criteria set out in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* to grant plaintiff public interest standing.

Income Tax — Practice — Appeal from order striking statement of claim filed on behalf of all taxpayers, except few benefitting from disputed tax ruling — Seeking declarations to compel Minister, Crown to comply with declaration as to meaning of “taxable Canadian property” in Income Tax Act — Action raising issues of maladministration of Income Tax Act, erosion of tax base — Court having jurisdiction to hear action for declaration against Crown, Minister — Plaintiff having public interest standing.

### **Murphy v. Canada (Attorney General) (T.D.) . . . . 326**

Public Service — Appeals — Judicial review of Public Service Commission Appeal Board’s refusal to disclose to applicants’ representative scoring manual used to correct in-basket exercise completed by them in competition — Chairwoman holding bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)*, wherein held applicant not entitled to access to scoring manual — Chairwoman not bound by *Hasan*, decided under previous Public Service Employment Regulations — Failed to appreciate changes implemented in amended legislative scheme, including discretionary power

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

3) Il n’y a aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour — Il est improbable que les quelques privilégiés ou le procureur général n’intentent l’action — Seuls les autres contribuables, qui supportent un fardeau fiscal proportionnellement plus élevé, sont les demandeurs naturels — Il n’est pas nécessaire de porter atteinte à la confidentialité des autres contribuables pour instruire l’affaire.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel d’une ordonnance de radiation de la déclaration déposée au nom de tous les contribuables, à l’exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable en matière fiscale qui est contestée — Action visant l’obtention d’une déclaration obligeant le ministre et la Couronne à se conformer à une déclaration portant sur la signification de «bien canadien imposable» figurant dans la Loi de l’impôt sur le revenu — L’art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale confère compétence à la Cour pour accorder des réparations contre la Couronne — La Cour a le droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour reprendre l’affaire depuis le début puisque l’ordonnance du protonotaire adjoint était déterminante pour la solution définitive de l’affaire — Application des critères énoncés dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* pour reconnaître au demandeur la qualité pour agir dans l’intérêt public.

Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d’une ordonnance de radiation de la déclaration déposée au nom de tous les contribuables, à l’exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable en matière fiscale qui est contestée — Action visant l’obtention d’une déclaration obligeant le ministre et la Couronne à se conformer à une déclaration portant sur la signification de «bien canadien imposable» figurant dans la Loi de l’impôt sur le revenu — Action soulevant la question de la négligence dans l’administration de la Loi de l’impôt sur le revenu et celle de l’érosion de l’assiette fiscale — La Cour a compétence pour entendre l’action pour jugement déclaratoire intentée contre la Couronne et le ministre — Le demandeur a qualité pour agir dans l’intérêt public.

### **Murphy c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) . 326**

Fonction publique — Appels — Contrôle judiciaire du refus du comité d’appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l’exercice de la corbeille que ces derniers avaient effectué dans le cadre d’un concours — La présidente a soutenu être liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, dans laquelle il a été conclu que le demandeur n’avait pas accès au guide de notation — La présidente n’était pas liée par la décision *Hasan*, qui avait été rendue sous le régime de l’ancien

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

accorded to appeal board to order access to any document in relation to which deputy head, Commission refusing access, subject to any conditions deemed necessary to make certain continued use of standardized test will not be compromised or that results not prejudiced — Erred by failing to consider under s. 24(5), (6) whether ought to order access to scoring manual subject to conditions, given deputy head's refusal to allow access.

### **Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) (T.D.) ..... 211**

Practice — Parties — Standing — Appeal from dismissal of motion to strike Sierra Club's application for judicial review of Ministers' refusal to subject to full environmental assessment sale to China of two CANDU nuclear reactors and their construction, operation in China — Federal Court Act, s. 18.1(1) permitting anyone "directly affected" by matter in respect of which relief sought to apply for judicial review — Person who satisfies requirements for discretionary public interest standing, i.e. common law requirements, may seek relief under s. 18.1(1) even though not "directly affected" — In absence of explicit statutory provision excluding public interest applicants from Federal Court, incongruous to subject Court's ability to entertain judicial review applications to limitation not imposed on other courts — Common law requirements for public interest standing: (1) litigation must raise serious or justiciable issue; (2) applicant must have genuine interest in outcome or subject-matter of litigation; (3) must not be persons more directly affected than applicant who can reasonably be expected to litigate issues raised by applicant — (1) Intervener not discharging burden of showing applicant having no reasonable cause of action, as focusing on aspects of claim involving exercise of Court's discretion i.e. extension of limitation period; remedies sought — (2) Intervener, respondents not demonstrating Sierra Club lacked genuine interest in subject-matter of litigation by virtue of limited involvement with export of nuclear reactors — Theory applicant must demonstrate reasonably apprehended harm to vulnerable constituency to acquire public interest standing too narrow — Overlooks protection of constitutional precepts of rule of law, democratic accountability as reasons for extension of public interest standing beyond Attorney General — Sierra Club's interest in legal issues intimately linked to corporate objectives — Opposition to nuclear power not establishing that litigating for political reasons; not inconsistent with genuine interest in outcome — (3) Respondents, intervenor not establishing on balance of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Règlement sur l'emploi dans la fonction publique — Elle a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment du pouvoir discrétionnaire, conféré au comité d'appel, d'ordonner l'accès à tout document à l'égard duquel l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher que la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés — Elle a commis une erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu de l'art. 24(5) et (6), ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions, vu que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

### **Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 211**

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Appel du rejet de la requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club relativement au refus des ministres de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine ainsi que leur construction et leur exploitation en Chine à une évaluation environnementale complète — Aux termes de l'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale, peut présenter une demande de contrôle judiciaire quiconque est «directement touché» par l'objet de la demande — Celui qui remplit les exigences de la qualité pour agir dans l'intérêt public relevant du pouvoir discrétionnaire de la Cour, c.-à-d. les exigences de la common law, peut se prévaloir de l'art. 18.1(1) même s'il n'est pas «directement touché» — En l'absence d'une disposition législative excluant expressément de la compétence de la Cour fédérale les demandeurs agissant dans l'intérêt public, il serait insolite d'enfermer le pouvoir de la Cour de connaître des demandes de contrôle judiciaire dans des limites auxquelles les autres tribunaux ne sont pas assujettis — Les exigences prévues par la common law à l'égard de la qualité pour agir dans l'intérêt public sont les suivantes: 1) le litige doit poser une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire; 2) le demandeur doit avoir un intérêt véritable dans l'issue du litige; 3) il ne doit pas exister des personnes autres que le demandeur qui sont plus directement touchées et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles saisissent la justice des questions que soulève le demandeur — 1) L'intervenante ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir que le demandeur n'a pas de cause d'action raisonnable, car elle a insisté sur des aspects relevant du pouvoir discrétionnaire de la Cour, c.-à-d. la prorogation de délai, les redressements recherchés — 2) L'intervenante et les défendeurs n'ont pas démontré que le Sierra Club n'a pas d'intérêt véritable en raison de son expérience limitée dans l'exportation de réacteurs nucléaires — La théorie voulant que le demandeur doive démontrer l'existence d'une crainte raisonnable d'un préjudice à un groupe vulnérable

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

probabilities other reasonable, effective ways in which subject-matter of judicial review application may be litigated — Court would be required to infer more appropriate applicants as no evidence before it of nature, scale of operations undertaken in Canada in connection with impugned project or whether those responsible will be required to clear regulatory hurdles, and if so whether local residents able to challenge sale, financing of reactors — Court also influenced by desire not to encourage preliminary motions on incomplete information.

Judges and Courts — Prothonotaries — Appeal from dismissal of motion to strike Sierra Club's application for judicial review of Ministers' refusal to subject to full environmental assessment sale to China of two CANDU nuclear reactors, their construction, operation in China — Discretionary orders of prothonotaries granting standing not raising questions vital to final issue of case — Court should defer to prothonotary's exercise of discretion to grant standing unless based on wrong principle.

## SOMMAIRE (Fin)

pour se faire reconnaître la qualité pour agir est trop étroite — Elle oublie que l'extension de la qualité pour agir dans l'intérêt public à d'autres qu'au procureur général a pour objet la protection des préceptes constitutionnels de la primauté du droit et de l'obligation de rendre compte en régime démocratique — L'intérêt du Sierra Club dans les questions de droit soulevées est intimement lié à ses objectifs généraux — Son opposition à l'énergie nucléaire n'établit pas qu'il intente des poursuites pour des motifs politiques; elle n'est pas incompatible avec l'existence d'un intérêt véritable dans l'issue de la demande — 3) Les défendeurs et l'intervenante n'ont pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de saisir les tribunaux de l'objet de la demande de contrôle judiciaire — La Cour serait obligée de déduire l'existence de demandeurs plus appropriés car elle ne dispose d'aucun élément de preuve quant à la nature et l'importance des opérations entreprises au Canada relativement au projet contesté ou quant à l'obligation des personnes chargées de ces opérations de satisfaire à des normes réglementaires et, le cas échéant, quant à la capacité des résidents locaux de contester la vente et le financement des réacteurs — La Cour est également animée par le désir de ne pas encourager la présentation de requêtes préliminaires fondées sur des renseignements incomplets.

Juges et tribunaux — Protonotaires — Appel du rejet de la requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club relativement au refus des ministres de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine ainsi que leur construction et leur exploitation en Chine à une évaluation environnementale complète — L'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire reconnaissant la qualité pour agir ne soulève pas de questions ayant une influence déterminante sur l'issue de l'affaire — La Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire de reconnaître la qualité pour agir à moins qu'il ne se fonde sur un principe erroné.

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 2, Part 2**

**1999, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**





## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Do-Ky v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, [1997] 2 F.C. 907 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-200-97), reasons for judgment handed down 6/5/99.

*Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-317-95). The reasons for judgment handed down 19/5/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

*Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 43 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-375-98). The reasons for judgment handed down 21/5/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Cudd Pressure Control Inc. v. Canada*, [1999] 2 F.C. D-18 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 31/5/99.

*Northwood Pulp and Timber Ltd. v. Canada*, [1999] 1 F.C. D-56 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 31/5/99.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Do-Ky c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du commerce international)*, [1997] 2 C.F. 907 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-200-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6-5-99.

La décision *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-317-95). Les motifs du jugement qui ont été prononcés le 19-5-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 43 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-375-98). Les motifs du jugement qui ont été prononcés le 21-5-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Cudd Pressure Control Inc. c. Canada*, [1999] 2 C.F. F-28 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-5-99.

*Northwood Pulp and Timber Ltd. c. Canada*, [1999] 1 C.F. F-72 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-5-99.



T-85-97

T-85-97

**Sierra Club of Canada** (*Applicant*)**Sierra Club du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)**Le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

and

et

**Atomic Energy of Canada Limited** (*Intervener*)**Énergie atomique du Canada Limitée** (*intervenante*)**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Evans J.—Ottawa, September 10 and December 2, 1998.

Section de première instance, juge Evans—Ottawa, 10 septembre et 2 décembre 1998.

*Practice — Parties — Standing — Appeal from dismissal of motion to strike Sierra Club's application for judicial review of Ministers' refusal to subject to full environmental assessment sale to China of two CANDU nuclear reactors and their construction, operation in China — Federal Court Act, s. 18.1(1) permitting anyone "directly affected" by matter in respect of which relief sought to apply for judicial review — Person who satisfies requirements for discretionary public interest standing, i.e. common law requirements, may seek relief under s. 18.1(1) even though not "directly affected" — In absence of explicit statutory provision excluding public interest applicants from Federal Court, incongruous to subject Court's ability to entertain judicial review applications to limitation not imposed on other courts — Common law requirements for public interest standing: (1) litigation must raise serious or justiciable issue; (2) applicant must have genuine interest in outcome or subject-matter of litigation; (3) must not be persons more directly affected than applicant who can reasonably be expected to litigate issues raised by applicant — (1) Intervener not discharging burden of showing applicant having no reasonable cause of action, as focusing on aspects of claim involving exercise of Court's discretion i.e. extension of limitation period; remedies sought — (2) Intervener, respondents not demonstrating Sierra Club lacked genuine interest in subject-matter of litigation by virtue of limited involvement with export of nuclear reactors — Theory applicant must demonstrate reasonably apprehended harm to vulnerable constituency to acquire public interest standing too narrow — Overlooks protection of constitutional precepts of rule of law, democratic accountability as reasons for extension of public interest standing beyond Attorney General — Sierra Club's interest in legal issues intimately linked to corporate objectives —*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Appel du rejet de la requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club relativement au refus des ministres de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine ainsi que leur construction et leur exploitation en Chine à une évaluation environnementale complète — Aux termes de l'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale, peut présenter une demande de contrôle judiciaire quiconque est «directement touché» par l'objet de la demande — Celui qui remplit les exigences de la qualité pour agir dans l'intérêt public relevant du pouvoir discrétionnaire de la Cour, c.-à-d. les exigences de la common law, peut se prévaloir de l'art. 18.1(1) même s'il n'est pas «directement touché» — En l'absence d'une disposition législative excluant expressément de la compétence de la Cour fédérale les demandeurs agissant dans l'intérêt public, il serait insolite d'enfermer le pouvoir de la Cour de connaître des demandes de contrôle judiciaire dans des limites auxquelles les autres tribunaux ne sont pas assujettis — Les exigences prévues par la common law à l'égard de la qualité pour agir dans l'intérêt public sont les suivantes: 1) le litige doit poser une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire; 2) le demandeur doit avoir un intérêt véritable dans l'issue du litige; 3) il ne doit pas exister des personnes autres que le demandeur qui sont plus directement touchées et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles saisissent la justice des questions que soulève le demandeur — 1) L'intervenante ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir que le demandeur n'a pas de cause d'action raisonnable, car elle a insisté sur des aspects relevant du pouvoir discrétionnaire de la Cour, c.-à-d. la prorogation de délai, les redressements recherchés — 2) L'intervenante et les défendeurs n'ont pas démontré que le Sierra Club n'a pas d'intérêt véritable en raison de son*

*Opposition to nuclear power not establishing that litigating for political reasons; not inconsistent with genuine interest in outcome — (3) Respondents, intervenor not establishing on balance of probabilities other reasonable, effective ways in which subject-matter of judicial review application may be litigated — Court would be required to infer more appropriate applicants as no evidence before it of nature, scale of operations undertaken in Canada in connection with impugned project or whether those responsible will be required to clear regulatory hurdles, and if so whether local residents able to challenge sale, financing of reactors — Court also influenced by desire not to encourage preliminary motions on incomplete information.*

*Judges and Courts — Prothonotaries — Appeal from dismissal of motion to strike Sierra Club's application for judicial review of Ministers' refusal to subject to full environmental assessment sale to China of two CANDU nuclear reactors, their construction, operation in China — Discretionary orders of prothonotaries granting standing not raising questions vital to final issue of case — Court should defer to prothonotary's exercise of discretion to grant standing unless based on wrong principle.*

This was an appeal, by way of motion under *Federal Court Rules, 1998*, rule 51, from the dismissal of a motion to strike the Sierra Club's application for judicial review of the respondent Ministers' refusal to subject to a full environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA) the sale to China of two CANDU nuclear reactors, and their construction and operation in China, on the ground that the applicant lacked standing. The partial funding of this project from public money was alleged to attract the statutory duty to conduct an environmental assessment, and in the absence of an environmental assessment, such funding was also said to be unlawful. The Sierra Club was constituted by letters patent as a national, non-profit organization concerned with the protection and

*expérience limitée dans l'exportation de réacteurs nucléaires — La théorie voulant que le demandeur doive démontrer l'existence d'une crainte raisonnable d'un préjudice à un groupe vulnérable pour se faire reconnaître la qualité pour agir est trop étroite — Elle oublie que l'extension de la qualité pour agir dans l'intérêt public à d'autres qu'au procureur général a pour objet la protection des préceptes constitutionnels de la primauté du droit et de l'obligation de rendre compte en régime démocratique — L'intérêt du Sierra Club dans les questions de droit soulevées est intimement lié à ses objectifs généraux — Son opposition à l'énergie nucléaire n'établit pas qu'il intente des poursuites pour des motifs politiques; elle n'est pas incompatible avec l'existence d'un intérêt véritable dans l'issue de la demande — 3) Les défendeurs et l'intervenante n'ont pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de saisir les tribunaux de l'objet de la demande de contrôle judiciaire — La Cour serait obligée de déduire l'existence de demandeurs plus appropriés car elle ne dispose d'aucun élément de preuve quant à la nature et l'importance des opérations entreprises au Canada relativement au projet contesté ou quant à l'obligation des personnes chargées de ces opérations de satisfaire à des normes réglementaires et, le cas échéant, quant à la capacité des résidents locaux de contester la vente et le financement des réacteurs — La Cour est également animée par le désir de ne pas encourager la présentation de requêtes préliminaires fondées sur des renseignements incomplets.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Appel du rejet de la requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club relativement au refus des ministres de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine ainsi que leur construction et leur exploitation en Chine à une évaluation environnementale complète — L'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire reconnaissant la qualité pour agir ne soulève pas de questions ayant une influence déterminante sur l'issue de l'affaire — La Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire de reconnaître la qualité pour agir à moins qu'il ne se fonde sur un principe erroné.*

Il s'agissait de l'appel, par voie de requête en vertu de la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, du rejet de la requête en radiation, pour défaut de qualité pour agir, de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club relativement au refus des ministres défendeurs de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine, de même que leur construction et leur exploitation en Chine, à une évaluation environnementale complète conforme à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCÉE). Le demandeur soutenait que le financement partiel de ce projet sur les fonds publics entraînait l'obligation légale de procéder à une évaluation environnementale et, qu'en l'absence d'une telle évaluation, ce financement était illégal. Le Club avait été constitué par lettres patentes à titre

restoration of the environment.

*Federal Court Act*, subsection 18.1(1) permits anyone “directly affected by the matter in respect of which relief is sought” to make an application for judicial review.

The issues were: (1) what was the standard of review; (2) whether the applicant had standing under *Federal Court Act*, subsection 18.1(1); and, (3) if not, whether the applicant met the common law criteria for the grant of public interest standing.

*Held*, the motion should be dismissed.

(1) While discretionary orders by prothonotaries striking out originating notices of motion for lack of standing may “raise questions vital to the final issue of a case”, the same cannot be said of orders granting standing. The Court should therefore defer to a prothonotary’s exercise of discretion to grant the applicant standing, and dismiss the motion to strike unless he exercised his discretion on the basis of a wrong principle.

(2) It has been held that a person who satisfies the requirements for discretionary public interest standing may seek relief under subsection 18.1(1), even though not “directly affected”. In the absence of an explicit statutory provision excluding public interest applicants from the Federal Court, it would be so incongruous to subject the Court’s ability to entertain applications for judicial review to a limitation not imposed on other courts, that the narrower interpretation of subsection 18.1(1), adopted by Rouleau J. in *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422, requiring a special interest in the legislation and special prejudice as a result of the illegal actions, in order to qualify for standing, should not be followed.

(3) Whether a public interest applicant should be granted standing is determined by reference to three factors: (i) whether the litigation raises a serious or justiciable issue; (ii) whether the applicant has a genuine interest in the outcome or subject-matter of the litigation; and, (iii) whether there are persons other than the applicant who are more directly affected and who can reasonably be expected to litigate the issues raised by the applicant. These should be approached not as a list of items to be checked off mechanically, but in light of the different policy considerations that the standing requirement addresses.

(i) The seriousness of the issues raised by a public interest applicant encompasses both the importance of the issues and

d’organisme national, sans but lucratif, voué à la protection et la restauration de l’environnement.

Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, permet à quiconque «est directement touché par l’objet de la demande» de présenter une demande de contrôle judiciaire.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) quelle est la norme de contrôle applicable; 2) le demandeur a-t-il qualité pour agir dans une instance relevant du paragraphe 18.1(1); 3) dans la négative, satisfait-il aux critères de common law régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public?

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

1) Les ordonnances discrétionnaires des protonotaires radiant des avis de requête introductifs d’instance pour défaut de qualité pour agir peuvent soulever des questions «ayant une influence déterminante sur l’issue du principal», mais ce n’est pas le cas des ordonnances qui reconnaissent la qualité pour agir. Par conséquent, la Cour doit faire preuve de retenue face à l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un protonotaire qui a reconnu la qualité pour agir et rejeté la requête en radiation, sauf si cet exercice est fondé sur un mauvais principe.

2) Il a été jugé qu’une personne qui satisfait aux conditions requises pour obtenir la qualité pour agir dans l’intérêt public reconnue discrétionnairement peut invoquer le paragraphe 18.1(1) pour demander une réparation même si elle n’est pas «directement touché[e]». En l’absence d’une disposition législative excluant expressément de la compétence de la Cour fédérale les demandeurs agissant dans l’intérêt public, il serait si insolite d’enfermer son pouvoir de connaître des demandes de contrôle judiciaire dans des limites auxquelles les autres tribunaux ne sont pas assujettis, que l’interprétation plus étroite du paragraphe 18.1(1), adoptée par le juge Rouleau dans *Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 1 C.F. 422, et exigeant un intérêt spécial dans la législation et un préjudice particulier découlant des mesures illégales, ne devrait pas être suivie.

3) Pour déterminer s’il convient de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public à un demandeur, il faut tenir compte de trois facteurs: (i) si le litige pose une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire; (ii) si le demandeur a un intérêt véritable dans l’issue ou l’objet du litige; et (iii) s’il existe des personnes autres que le demandeur qui sont plus directement touchées et dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles saisissent la justice des questions que soulève le demandeur. Ces points ne doivent pas être considérés comme une liste d’éléments à cocher de manière mécanique, mais plutôt en fonction des différentes considérations générales que vise l’exigence applicable en matière de qualité pour agir.

(i) Le caractère sérieux des questions que pose un demandeur agissant dans l’intérêt public comprend tant l’import-

the likelihood of their being resolved in favour of the applicant. When the question of standing is raised in a preliminary motion, a court should only consider whether, on the materials before it, the applicant has a fairly arguable case or has no reasonable cause of action. The burden is on the moving party in a preliminary motion to demonstrate that the applicant fails to satisfy even this low threshold test. The intervener fell well short of discharging this burden, largely because the aspects of the appellant's claim on which it focused involved the exercise of the Court's discretion. Such decisions are generally better made when the Court has before it all the relevant facts and has heard full legal arguments, rather than on a preliminary motion to strike. For example, even on the assumption that the limitation period for making an application for judicial review had expired, the Court has a discretion under subsection 18.1(2) to extend it. In view of the relatively short delay involved in this case, the public importance of the issues, and the difficulty that the Sierra Club had in obtaining information about the sale and whether it would be subjected to an environmental assessment, it was not certain, or even probable, that a judge of this Court hearing the application for judicial review would refuse to extend the limitation period *ex post facto*. In maintaining that the remedies sought by the Sierra Club were not available to it, the intervener again relied upon issues that were within the Court's discretion when deciding whether to grant relief, and as such were more appropriately addressed in the context of a consideration of the merits of the application for judicial review. The statutory orders that the Court may grant under subsection 18.1(3) are not necessarily encrusted with the same technicalities that at one time hampered the development of the common law remedies of judicial review. The application for judicial review raised a serious or justiciable issue and should not be struck out on this ground.

(ii) The "genuine interest" requirement helps ensure that those granted public interest standing have an experience and expertise with respect to the underlying subject-matter of the litigation. The intervener's theory of public interest standing that the applicant must demonstrate a reasonably apprehended harm to a vulnerable constituency, and it is the appropriate body to represent the constituency, was too narrow because it overlooked the fact that an important reason for the extension of public interest standing beyond the Attorney General was to protect the constitutional precepts of the rule of law and democratic accountability.

The next aspect of the "genuine interest" element of the public interest standing test was whether the Sierra Club had

tance des questions soulevées que la probabilité que la demande soit accueillie. Quand la question de la qualité pour agir se pose dans le cadre d'une requête préliminaire, l'examen du tribunal devrait se limiter à la vérification que le dossier présenté par le demandeur établit qu'il a une cause raisonnablement défendable ou, à l'inverse, qu'il ne possède pas une cause raisonnable d'action, et c'est au requérant qu'il incombe de prouver que le demandeur ne satisfait même pas à ce critère préliminaire peu exigeant. L'intervenante est loin de s'être acquittée de ce fardeau, principalement parce que les aspects sur lesquels elle a insisté font jouer le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il est généralement préférable que la Cour se prononce sur ce genre de questions après avoir été informée de tous les faits pertinents et avoir entendu tous les arguments juridiques, plutôt que dans le cadre d'une requête préliminaire en radiation. Par exemple, même si l'on présume que le délai de prescription applicable à la demande de contrôle judiciaire est expiré, le paragraphe 18.1(2) investit la Cour du pouvoir discrétionnaire de le proroger. Compte tenu du retard relativement court en l'espèce, de l'importance des questions soulevées pour le public et des difficultés éprouvées par le Sierra Club pour obtenir des renseignements au sujet de la vente et de son assujettissement à une évaluation environnementale, il est loin d'être sûr, ou même probable, qu'un juge de la présente Cour saisi de la demande de contrôle judiciaire refuserait d'exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de prescription *ex post facto*. En soutenant que le Sierra Club n'a pas droit aux mesures de redressement qu'il demande, l'intervenante a encore soulevé des questions qui dépendent du pouvoir discrétionnaire de la Cour, qui décide d'accorder ou non la réparation, et il est plus judicieux de trancher celles-ci dans le cadre de l'examen de la demande de contrôle judiciaire sur le fond. Les ordonnances que le paragraphe 18.1(3) autorise la Cour à prononcer ne sont pas nécessairement assujetties aux questions de forme qui, à une certaine époque, ont freiné l'évolution, en common law, des mesures de redressement applicables en matière de contrôle. La demande de contrôle judiciaire pose une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire et ne devrait pas être radiée pour ce motif.

(ii) L'exigence d'un «intérêt véritable» a notamment pour objet de garantir que ceux qui se voient reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public possèdent une expérience et des connaissances relativement à l'objet de la demande. La théorie de l'intervenante en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public, voulant que le demandeur doive établir l'existence d'une crainte raisonnable de préjudice menaçant un groupe vulnérable et démontrer qu'il est l'organisme apte à le représenter, était trop limitée car elle oublie qu'un des motifs importants justifiant l'extension de la qualité pour agir à d'autres qu'au procureur général est le souci de protéger les préceptes constitutionnels que sont la primauté du droit et l'obligation de rendre compte en régime démocratique.

La question de savoir si le Club a établi, dans ce qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, un intérêt

demonstrated a degree of involvement with the subject-matter of the application for judicial review that was sufficient to make it an appropriate body to institute this proceeding in the public interest. The subject-matter of the application was whether there was a statutory duty to subject the export of the CANDU nuclear reactors to China, and their construction and operation there, to a full environmental assessment, and whether the approval of the partial financing of the transaction from public funds was unlawful in the event that an assessment had not been conducted as required by the CEAA. The Sierra Club's interest in these issues stemmed from its concern with the protection of the environment, and its belief that the project under review may endanger the environment, especially in the event of an accident. Such interest was intimately linked to its corporate objectives. It was not confined to "legal process" as an abstract principle. Nor did its opposition to the use of nuclear power establish that it was litigating for political reasons, and it was not inconsistent with its having a genuine interest in the outcome of the application for judicial review. Litigants go to court to advance their own interests or those that they support; challenges to the legality of governmental action are normally fuelled by more than an abstract concern for ensuring the supremacy of the law. The intervener and respondents had not demonstrated that the Sierra Club lacked a genuine interest in the subject-matter of this litigation by virtue of its limited involvement with the export of nuclear reactors. The involvement of the Club and its Executive Director in the development and enforcement of the environmental assessment process in Canada, and in the applicability of that process to overseas projects, even though the validity of the POC Regulations may not be an issue in this litigation, indicated that it possessed the kind of general understanding that will be relevant to resolving the issues in dispute in this litigation. Given the absence of other opportunities for participating in the decision-making process, the letters written to Ministers expressing concern and requesting information about the export of the nuclear reactors to China, also suggested an involvement with the project that prevented the striking out of the application on the ground of lack of standing.

(iii) Residents of China living near the proposed site of the CANDU nuclear reactors, or those in states bordering China, who would be more directly affected by the project than the applicant, are unlikely to invoke the jurisdiction of this Court to test the legality under Canadian law of the respondents' refusal to subject the projects to an environmental assessment review. Therefore, the existence of such persons was not sufficient to deny public interest standing to the applicant. The intervener and the respondents also stated that the export of the nuclear reactors would involve activities that would affect some individuals more directly than the Sierra Club e.g. those living in the locality of uranium mines in Canada, or in the vicinity of production

suffisant pour être considéré comme un organisme apte à intenter la poursuite dans l'intérêt public était un autre élément du critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui relève de l'«intérêt véritable». La demande a pour objet d'établir si la loi impose l'obligation de soumettre l'exportation, la construction et l'exploitation des réacteurs nucléaires CANDU en Chine à une évaluation environnementale complète et si l'approbation d'un financement partiel de l'opération au moyen de fonds publics est illégale en l'absence d'une évaluation exigée par la LCÉE. L'intérêt du Sierra Club dans ces questions vient de son souci de la protection de l'environnement et de sa conviction que le projet examiné peut constituer une menace pour l'environnement, surtout en cas d'accident. Cet intérêt est intimement lié à ses objectifs généraux; il ne se limite à la «légalité du processus» en tant que principe abstrait. L'opposition du Sierra Club à l'utilisation de l'énergie nucléaire ne prouve pas non plus qu'il intente des poursuites pour des motifs politiques, et elle n'est pas incompatible avec l'existence d'un intérêt véritable dans l'issue de la demande de contrôle judiciaire. Les plaideurs vont devant les tribunaux pour faire valoir leurs propres intérêts ou ceux qu'ils défendent; il faut normalement plus qu'une préoccupation abstraite pour la suprématie de la loi pour alimenter la contestation de la légalité d'une mesure gouvernementale. L'intervenante et les défendeurs n'ont pas réussi à établir que le Sierra Club est dépourvu d'un intérêt véritable dans l'objet du présent litige en raison de son expérience limitée en matière d'exportation de réacteurs nucléaires. La participation du Club et de sa directrice exécutive à l'élaboration et l'application du processus d'évaluation environnementale au Canada, de même que dans l'applicabilité de ce processus aux projets réalisés à l'étranger, même si la validité du Règlement sur le PÉEPREC peut ne pas être en litige en l'espèce, montre qu'il possède le genre de compréhension générale susceptible d'aider à régler les questions en litige dans la présente instance. Étant donné l'absence d'autres occasions de participer au processus de prise de décision, les lettres adressées aux ministres exprimant des préoccupations au sujet de l'exportation des réacteurs nucléaires en Chine et demandant des renseignements laissent aussi supposer un intérêt dans le projet qui empêche de radier la demande pour absence de qualité pour agir.

(iii) Il est peu probable que les habitants de la Chine vivant près du site envisagé pour l'installation des réacteurs nucléaires CANDU ou les personnes demeurant dans les États limitrophes de la Chine, qui sont plus directement touchés par le projet que le demandeur, invoquent la compétence de la Cour pour vérifier la légalité, en droit canadien, du refus des défendeurs de soumettre les projets au processus d'évaluation environnementale. Par conséquent, l'existence de telles personnes ne suffit pas pour refuser au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public. L'intervenante et les défendeurs ont aussi déclaré que l'exportation de réacteurs nucléaires comporterait, au Canada, des activités susceptibles de toucher plus directement d'autres

sites and or railway track or roads along which they would be carried. The case law is not clear on the question of whether a public interest litigant for judicial review has the burden of establishing that there are no other persons with a better claim to standing who are likely to bring the matter to court. This was, however, a motion to strike, and the moving party must prove that on the balance of probabilities the applicant has no fairly arguable case. In all the circumstances, the Court was not prepared to infer from the nature of the applicable legislation that there will be more appropriate applicants willing to undertake the substantial task of mounting legal challenges of the same scope as the applicant. This was largely because there was no evidence before the Court about the nature and scale of the operations that will be undertaken in Canada in connection with the impugned project, or whether those responsible for them will be required to clear regulatory hurdles that apply to that particular part of those activities, and if so, whether local residents will be able to challenge the sale and financing of the CANDU nuclear reactors, or only those associated activities that especially affect the particular individuals concerned. The Court was also influenced by the consideration that the law should minimize the encouragement that it gives to litigants to bring preliminary motions, often on incomplete information, which, if unsuccessful, create an undesirable multiplicity of proceedings, and add unduly to the expense of litigation and to the time taken to dispose of it. The moving parties had not established on the balance of probabilities that there were other reasonable and effective ways in which the subject-matter of the application for judicial review may be litigated. The application for judicial review could not be struck on the ground that it was unnecessary to confer public interest standing on the applicant in order to protect the rule of law.

personnes que le Sierra Club, p. ex. les personnes vivant près des mines d'uranium, près des sites de production et des voies ferrées ou des routes par lesquelles ces produits seront acheminés. La jurisprudence n'est pas claire sur la question de savoir si une partie présentant une demande de contrôle judiciaire dans l'intérêt public doit établir qu'aucune autre personne, susceptible d'être mieux placée pour revendiquer la qualité pour agir, ne va vraisemblablement saisir la Cour de la question. Toutefois, comme il s'agit d'une requête en radiation, il incombe au requérant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'a pas de cause raisonnablement défendable. Compte tenu de toutes les circonstances, la Cour n'est pas disposée à déduire de la nature de la loi applicable qu'il y aura nécessairement des demandeurs convenant davantage qui seront prêts à relever le défi d'envergure qui consiste à tenter des poursuites ayant la même portée que celles engagées par le demandeur. Elle a pris cette position surtout parce qu'il n'y a aucune preuve de la nature et de l'importance des opérations qui seront entreprises au Canada en liaison avec le projet contesté ou sur la question de savoir si les personnes chargées de ces opérations seront tenues de satisfaire à des normes réglementaires applicables à cet aspect particulier des activités et, le cas échéant, si les résidents des régions visées seront en mesure de contester la vente et le financement des réacteurs nucléaires CANDU ou seulement les activités liées qui les touchent plus particulièrement. La Cour a également pris en considération la nécessité que le système juridique encourage le moins possible les parties à présenter des requêtes préliminaires, souvent fondées sur des renseignements incomplets, qui, en cas d'échec, créent une multiplicité indésirable d'instances et ajoutent indûment aux dépenses liées au litige et au temps qu'il faut y consacrer pour le résoudre. Les requérants n'ont pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de saisir les tribunaux de l'objet de la demande de contrôle judiciaire. La demande de contrôle judiciaire ne peut être radiée au motif qu'il n'est pas nécessaire, pour assurer la protection de la primauté du droit, de reconnaître au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-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.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) "federal authority", "project", 5(1).  
*Export Development Act*, R.S.C., 1985, c. E-20, s. 23 (as am. by S.C. 1993, c. 26, s. 8).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(2).

#### 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.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) «autorité fédérale», «projet» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18), 5(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 28(2).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (2)



*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (2) (as enacted *idem*), (3) (as enacted *idem*).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 51.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations*, SOR/96-491.

(édicte, *idem*), (3) (édicte, *idem*).  
*Loi sur l'expansion des exportations*, L.R.C. (1985), ch. E-20, art. 23 (mod. par L.C. 1993, ch. 26, art. 8).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1.  
*Règlement sur le processus d'évaluation environnementale des projets réalisés à l'extérieur du Canada*, DORS/96-491.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 51.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201; 20 C.E.L.R. (N.S.) 171; 202 N.R. 132 (F.C.A.).

## NOT FOLLOWED:

*Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422; (1987), 43 D.L.R. (4th) 273; 16 C.I.P.R. 55; 18 C.P.R. (3d) 206; 16 F.T.R. 81 (T.D.); *affd* (1990), 68 D.L.R. (4th) 761; 31 C.P.R. (3d) 29; 107 N.R. 195 (F.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Canadian Union of Public Employees, Local 30 et al. v. WMI Waste Management of Canada Inc.* (1996), 178 A.R. 297; 34 Admin. L.R. (2d) 172 (C.A.); *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; *Shiell v. Amok Ltd.* (1987), 27 Admin. L.R. 1; 2 C.E.L.R. (N.S.) 219; 58 Sask. R. 141 (Q.B.).

## CONSIDERED:

*Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (T.D.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Nova Scotia Board of Censors v. Attorney General*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Sunshine Village Corp. c. Directeur du Parc National de Banff* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201; 20 C.E.L.R. (N.S.) 171; 202 N.R. 132 (C.A.F.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 1 C.F. 422; (1987), 43 D.L.R. (4th) 273; 16 C.I.P.R. 55; 18 C.P.R. (3d) 206; 16 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (1990), 68 D.L.R. (4th) 761; 31 C.P.R. (3d) 29; 107 N.R. 195 (C.A.F.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canadian Union of Public Employees, Local 30 et al. v. WMI Waste Management of Canada Inc.* (1996), 178 A.R. 297; 34 Admin. L.R. (2d) 172 (C.A.); *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; *Shiell v. Amok Ltd.* (1987), 27 Admin. L.R. 1; 2 C.E.L.R. (N.S.) 219; 58 Sask. R. 141 (B.R.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (1<sup>re</sup> inst.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Nova Scotia Board of Censors*

(N.S.), [1978] 2 S.C.R. 662; (1978), 25 N.S.R. (2d) 128; 84 D.L.R. (3d) 1; 44 C.C.C. (2d) 316; 19 N.R. 570; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *R v Secretary of State for Foreign Affairs, ex p World Development Movement Ltd*, [1995] 1 All ER 611 (Q.B.D.) *Shiell v. Atomic Energy Control Board* (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 122; 17 C.E.L.R. (N.S.) 286; 98 F.T.R. 75 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*James River Corp. of Virginia v. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157; 126 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment & Public Safety)* (1993), 10 C.E.L.R. (N.S.) 165; 107 Sask. R. 297 (Q.B.); *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd.*, [1982] A.C. 617 (H.L.); *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 225; 126 C.C.C. (3d) 257; 111 O.A.C. 51 (Ont. C.A.); *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; 18 C.R.R. (2d) 99; 160 N.R. 161; 67 O.A.C. 81; *Energy Probe v. Canada (Attorney General)* (1989), 68 O.R. (2d) 449 (C.A.); *Inshore Fishermen's Bonafide Defense Fund Association v. Canada* (1994), 132 N.S.R. (2d) 370; 117 D.L.R. (4th) 56; 28 C.P.C. (3d) 291 (C.A.).

APPEAL, by way of motion under *Federal Court Rules, 1998*, rule 51, from the dismissal of a motion to strike the Sierra Club's application for judicial review of the respondent Ministers' refusal to subject to a full environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act* the sale to China of two CANDU nuclear reactors, and their construction and operation in China, on the ground that the applicant lacked standing. Motion dismissed.

## APPEARANCES:

*Timothy J. Howard* for applicant.  
*Brian Saunders* and *Sanderson Graham*, Ottawa, for respondents.  
*J. Brett G. Ledger* and *Peter J. Chapin* for interveners.

*c. Procureur général (N.-É.)*, [1978] 2 R.C.S. 662; (1978), 25 N.S.R. (2d) 128; 84 D.L.R. (3d) 1; 44 C.C.C. (2d) 316; 19 N.R. 570; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *R v Secretary of State for Foreign Affairs, ex p. World Development Movement Ltd*, [1995] 1 All ER 611 (Q.B.D.) *Shiell c. Commission de contrôle de l'énergie atomique* (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 122; 17 C.E.L.R. (N.S.) 286; 98 F.T.R. 75 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*James River Corp. of Virginia c. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157; 126 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment & Public Safety)* (1993), 10 C.E.L.R. (N.S.) 165; 107 Sask. R. 297 (B.R.); *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd.*, [1982] A.C. 617 (H.L.); *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 225; 126 C.C.C. (3d) 257; 111 O.A.C. 51 (C.A. Ont.); *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; 18 C.R.R. (2d) 99; 160 N.R. 161; 67 O.A.C. 81; *Energy Probe v. Canada (Attorney general)* (1989), 68 O.R. (2d) 449 (C.A.); *Inshore Fishermen's Bonafide Defense Fund Association v. Canada* (1994), 132 N.S.R. (2d) 370; 117 D.L.R. (4th) 56; 28 C.P.C. (3d) 291 (C.A.).

APPEL, par voie de requête fondée sur la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, du rejet d'une requête visant la radiation pour défaut de qualité pour agir de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club à l'égard du refus des ministres défenseurs de soumettre la vente de deux réacteurs CANDU à la Chine ainsi que leur construction et leur exploitation dans ce pays, à une évaluation environnementale complète sous la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*Timothy J. Howard* pour le demandeur.  
*Brian Saunders* et *Sanderson Graham*, Ottawa, pour les défendeurs.  
*J. Brett G. Ledger* et *Peter J. Chapin* pour l'intervenante.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*Osler Hoskin & Harcourt*, Toronto, for intervener.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

EVANS J.:

## A. INTRODUCTION

[1] In January 1997 the Sierra Club of Canada (hereinafter the Sierra Club) made an application for judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5) seeking various forms of relief in respect of the refusal of the respondent Ministers to subject to a full environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (hereinafter the CEAA) the sale to China of two CANDU nuclear reactors and their construction and operation in China. The partial funding of this project by the Ministers from public money is alleged to attract the statutory duty to conduct an environmental assessment, and in the absence of an environmental assessment such funding is also said to be unlawful. Atomic Energy of Canada Limited (hereinafter AECL), the vendor of the reactors, is an intervener in the application.

[2] AECL brought a motion before Giles A.S.P. to strike out the applicant's originating notice of motion on the ground that the applicant was not "directly affected by the matter in respect of which relief is sought", and otherwise lacks standing to institute the application for judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. On June 25, 1998, Giles A.S.P. dismissed the motion to strike. This is a motion brought by AECL and the Ministers under rule 51 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, appealing that decision.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

*Osler Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE EVANS:

## A. INTRODUCTION

[1] En janvier 1997, le Sierra Club du Canada (le Sierra Club) a présenté une demande de contrôle judiciaire sous le régime du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5) sollicitant diverses réparations face au refus opposé par les ministres réparations de soumettre, conformément à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCÉE), la vente de deux réacteurs nucléaires CANDU à la Chine, de même que leur construction et leur exploitation dans ce pays, à une évaluation environnementale complète. Selon le Sierra Club, le financement partiel de ce projet sur les fonds publics qui a été approuvé par les ministres entraîne l'obligation prévue à la loi de procéder à une évaluation environnementale et, en l'absence d'une telle évaluation, ce financement est illégal. Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL), l'organisme qui vend les réacteurs, est intervenante dans cette demande.

[2] ÉACL a présenté au protonotaire adjoint Giles une requête en radiation de l'avis de requête introductif d'instance au motif que le demandeur n'était pas [TRADUCTION] «directement touché par l'objet de la demande» et n'avait pas, par ailleurs, qualité pour saisir la Cour d'une demande de contrôle judiciaire prévue au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le 25 juin 1998, le protonotaire adjoint Giles a rejeté cette requête en radiation. Par la présente requête, soumise en vertu de la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, ÉACL et les ministres portent la décision du protonotaire en appel.

[3] It will avoid unnecessary confusion if I refer to the parties throughout these reasons by the roles that they play in the principal proceeding, the application for judicial review. Hence, I shall refer to the Sierra Club as the applicant, although it is, of course, the respondent in this motion, and to AECL as the intervener and the Ministers as the respondents, although they are the applicants for this motion.

## B. THE BACKGROUND

[4] I note at the outset that, since this is a preliminary motion, the parties have not developed the facts or the legal submissions as fully as if this were the application for judicial review itself. While this is understandable, the absence of a complete record presents certain difficulties in the determination of aspects of the issue in dispute in this proceeding, namely whether the applicant has standing to commence an application for judicial review. Subject to the gaps in both the facts and the law, some of which I refer to later, the essential background to this motion is as follows.

### (1) The applicant

[5] In an affidavit sworn on January 20, 1997 in connection with the application for judicial review, Ms. Elizabeth E. May, Executive Director of the Sierra Club, stated that the Club was constituted by letters patent in 1992 as a national, non-profit organization concerned with the protection and restoration of the environment.

[6] She further stated that the Sierra Club has an established interest in the federal environmental assessment process, and in ensuring compliance with the provisions of the CEEA. Prior to the incorporation of the Sierra Club, Ms. May had appeared before a parliamentary committee considering the Bill that became the CEEA.

[7] In addition, the Club has played an active role with respect to nuclear power issues and is a member of a national umbrella group, the Campaign for Nuclear Phaseout, which has been in existence since

[3] Afin d'éviter toute confusion inutile, dans les présents motifs, les parties seront désignées en fonction des rôles qu'elles jouent dans l'instance principale, soit la demande de contrôle judiciaire. Ainsi, j'appellerai le Sierra Club le demandeur, bien qu'il soit, évidemment, l'intimé dans la présente requête; ÉACL sera l'intervenante et les ministres, les défendeurs, même s'ils sont les requérants en l'espèce.

## B. RAPPEL DES FAITS

[4] D'abord, je tiens à faire remarquer que, s'agissant d'une requête préliminaire, les parties n'ont pas présenté les faits ou leurs arguments juridiques aussi complètement qu'elles l'auraient fait dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire elle-même. Bien que compréhensible, l'absence d'un dossier complet rend difficile pour la Cour de se prononcer sur certains aspects de la question en litige dans la présente instance, à savoir si le demandeur a qualité pour présenter la demande de contrôle judiciaire. Sous réserve des lacunes de fait et de droit, que je préciserai par la suite, cette requête s'inscrit dans le contexte suivant.

### (1) Le demandeur

[5] Dans un affidavit fait le 20 janvier 1997 dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, M<sup>me</sup> Elizabeth E. May, directrice exécutive du Sierra Club, affirme que ce Club a été constitué par lettres patentes délivrées en 1992 à titre d'organisme national, sans but lucratif, voué à la protection et la restauration de l'environnement.

[6] Elle ajoute que l'intérêt du Sierra Club dans le processus d'évaluation environnementale mis sur pied par le fédéral ainsi que dans la surveillance de la conformité aux dispositions de la LCÉE est établi. Avant la constitution du Sierra Club en société, M<sup>me</sup> May avait comparu devant le comité parlementaire chargé d'étudier le projet de loi qui est devenu la LCÉE.

[7] Par ailleurs, le Club a joué un rôle actif dans les questions touchant l'énergie nucléaire et appartient à un groupe de coordination nationale, la Campagne contre l'expansion du nucléaire, lequel existe depuis

1989. More particularly, the board of directors of the Sierra Club has included in its current priorities the export of CANDU nuclear reactors and the environmental assessment of projects outside Canada that are funded with public money provided by the Government of Canada or its agencies. Ms. May herself has been a member of a subcommittee of the Minister of the Environment's Regulatory Advisory Committee that was consulted on the development of the *Projects Outside Canada Environmental Assessment Regulations* (hereinafter the POC Regulations) [SOR/96-491] which govern the application to such projects of the statutory provisions for environmental assessment.

[8] The applicant's motion record contained a number of letters that, in her capacity as the Executive Director of the Sierra Club, Ms. May wrote in 1995 and 1996 to various Ministers, including the respondent Ministers and the Minister of the Environment. The general thrust of these letters was to express the Sierra Club's view that the CEEA applied to the sale of CANDU nuclear reactors to China, and that it was unlawful for the Minister of Finance to fund this project from public money in the absence of a full environmental assessment of the construction and operation of the reactors.

[9] There is no evidence in the record indicating the size, geographical spread across Canada or representative nature of the Sierra Club's membership. Nor is there any evidence about the composition of its board of directors, which might have revealed the extent to which the Club's policies, priorities and activities are supported by individuals from across the political spectrum, and the range of expertise that members of the board bring to the direction of the Club.

#### (2) The application for judicial review

[10] On November 26, 1996, the Prime Minister's Office issued a news release announcing the sale of two CANDU-6 nuclear reactors to China, where they would be constructed and operated. A contract of sale was signed in Shanghai between AECL and the China

1989. Plus particulièrement, le conseil d'administration du Sierra Club a inclus dans ses priorités de l'heure l'exportation des réacteurs nucléaires CANDU et l'évaluation environnementale des projets qui sont réalisés à l'extérieur du Canada et qui sont financés au moyen de fonds publics fournis par le gouvernement du Canada ou ses organismes. M<sup>me</sup> May, elle-même, a été membre d'un sous-comité du Comité consultatif de la réglementation du ministre de l'Environnement, lequel a été consulté pour l'élaboration du *Règlement sur le processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada* (Règlement sur le PÉEPREC) [DORS/96-491] qui régit l'application des dispositions législatives en matière d'évaluation environnementale à de tels projets.

[8] Le dossier de la demande contient plusieurs lettres que M<sup>me</sup> May, en sa qualité de directrice exécutive de Sierra Club, a adressées, en 1995 et 1996, à divers ministres, notamment aux ministres défenseurs et au ministre de l'Environnement. Ces lettres étaient généralement destinées à communiquer à ces ministres que le Sierra Club était d'avis que la LCÉE s'appliquait à la vente des réacteurs nucléaires CANDU à la Chine et jugeait illégal que le ministre des Finances affecte des fonds publics à ce projet en l'absence d'une évaluation environnementale complète de la construction et de l'exploitation de ces réacteurs.

[9] Le dossier ne contient aucun élément de preuve sur la taille du Sierra Club, sa dispersion géographique au Canada ou la représentativité de ses membres. Il ne précise pas non plus la composition de son conseil d'administration, un renseignement susceptible de révéler la mesure dans laquelle la politique, les priorités et les activités du Club sont supportées par des personnes provenant de tous les milieux politiques, et ne fournit pas de détails sur les champs d'expertise que les administrateurs apportent à la direction du Club.

#### (2) La demande de contrôle judiciaire

[10] Le 26 novembre 1996, le Cabinet du premier ministre a émis un communiqué pour annoncer que le Canada avait vendu à la Chine deux réacteurs nucléaires CANDU-6 qui seraient construits et exploités dans ce pays. Le contrat de vente a été passé à Shanghai,

National Nuclear Corporation. The Minister for International Trade and the Minister of Finance authorized the Export Development Corporation to finance a part of this transaction pursuant to section 23 of the *Export Development Act*, R.S.C., 1985, c. E-20 [as am. by S.C. 1993, c. 26, s. 8].

[11] The application for judicial review focuses on a letter dated December 21, 1996 in which the Minister of International Trade, with the concurrence of the Minister of Finance, advised Ms. May that, contrary to the position that she had advanced in her letters, they took the view that the full environmental assessment process in the CEAA was not triggered by their approval of public funding for the sale of the nuclear reactors.

[12] As a result, the Sierra Club made an application for judicial review seeking various declarations as to the applicability of the CEAA to the project, and the lawfulness of the expenditures of public money that had been approved by the Ministers to finance the sale of the reactors. Other forms of relief requested in the application include orders setting aside the funding decision and prohibiting the provision of financial assistance, and an order in the nature of *mandamus* requiring the Ministers to ensure that an environmental assessment is conducted in accordance with the CEAA.

[13] Counsel for the applicant has not set out in detail the legal arguments that the Sierra Club will make in support of its application for judicial review. However, the principal outlines of the argument appear to be as follows. First, subsection 5(1) of the CEAA defines the circumstances in which the assessment process applies; as relevant to this proceeding it provides:

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

...

entre ÉACL et la Société nationale d'énergie nucléaire de la Chine. Conformément à l'article 23 de la *Loi sur l'expansion des exportations*, L.R.C. (1985), ch. E-20 [mod. par L.C. 1993, ch. 26, art. 8], le ministre du Commerce international et le ministre des Finances ont permis à la Société pour l'expansion des exportations de financer une partie de cette opération.

[11] La demande de contrôle judiciaire vise tout particulièrement une lettre datée du 21 décembre 1996, dans laquelle le ministre du Commerce international, avec l'agrément du ministre des Finances, informait M<sup>me</sup> May que, contrairement à ce qu'elle prétendait dans ses lettres, ils étaient tous deux d'avis que leur approbation du financement public de la vente des réacteurs nucléaires n'entraînait pas l'application du processus d'évaluation environnemental complet prévu par la LCÉE.

[12] En conséquence, le Sierra Club a présenté une demande de contrôle judiciaire sollicitant diverses déclarations concernant l'applicabilité de la LCÉE au projet et la légalité de l'affectation de fonds publics approuvée par les ministres afin de financer la vente des réacteurs. D'autres formes de réparation ont aussi été demandées, notamment des ordonnances annulant la décision d'accorder un financement et interdisant toute aide financière, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* exigeant que les ministres s'assurent de la tenue d'une évaluation environnementale prévue à la LCÉE.

[13] L'avocat du demandeur n'a pas exposé en détail les arguments juridiques que le Sierra Club fera valoir à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire. Toutefois, les grandes lignes de son argumentation semblent être les suivantes. D'abord, les circonstances dans lesquelles le processus d'évaluation s'applique sont précisées au paragraphe 5(1) de la LCÉE; les parties de ce paragraphe qui intéressent la présente instance sont les suivantes:

5. (1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes:

[. . .]

(b) makes or authorizes payments or provides a guarantee for a loan or any other form of financial assistance to the proponent for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part, except where the financial assistance is in the form of any reduction, avoidance, deferral, removal, refund, remission or other form of relief from the payment of any tax, duty or impost imposed under any Act of Parliament, unless that financial assistance is provided for the purpose of enabling an individual project specifically named in the Act, regulation or order that provides the relief to be carried out; [Emphasis added.]

[14] Second, subsection 2(1) of the CEEA defines “federal authority” to mean “(a) a Minister of the Crown in right of Canada”, but does not include “a Crown corporation within the meaning of the *Financial Administration Act*”. Third, subsection 2(1) defines a “project” to which subsection 5(1) applies as meaning, “(a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation . . . decommissioning . . . or other undertaking in relation to that physical work”.

[15] Fourth, to the extent that the POC Regulations, registered on November 26, 1996, exempt projects outside Canada from the environmental assessment process prescribed by the CEEA, they cannot apply to the sale of the CANDU nuclear reactors because this occurred before the Regulations were published in the *Canada Gazette, Part II*: enabling legislation is normally presumed not to authorize the promulgation of retroactive subordinate legislation.

[16] In their written material and oral submissions, the intervenor and the respondents indicated the lines along which their response to the application for judicial review is likely to be developed. First, the application for judicial review is out of time: time runs from the signing of the contract of sale on November 26, 1996, and not December 21, 1996 when Ms. May received the “courtesy letter” from the Ministers stating their view that there was no legal obligation to subject this project to an environmental assessment. The applicant’s originating notice of motion was filed on January 20, 1997, more than 30 days after the decision being impugned, and was thus

b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l’aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d’emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l’aide financière est accordée sous forme d’allègement—notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise—d’une taxe ou d’un impôt qui est prévu sous le régime d’une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d’un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l’allègement; [Non souligné dans l’original.]

[14] Deuxièmement, le paragraphe 2(1) de la LCÉE définit «autorité fédérale» comme s’entendant d’un «a) Ministre fédéral», mais exclut «les sociétés d’État au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*». Troisièmement, le paragraphe 2(1) précise qu’un «projet» [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18] auquel le paragraphe 5(1) s’applique s’entend de la «[r]éalisation—y compris l’exploitation, [. . .] la désaffectation [. . .]—d’un ouvrage [. . .]».

[15] Quatrièmement, dans la mesure où le Règlement sur le PÉEPREC, enregistré le 26 novembre 1996, exempte les projets réalisés à l’extérieur du Canada du processus d’évaluation environnementale prescrit par la LCÉE, ce Règlement ne peut s’appliquer à la vente des réacteurs nucléaires CANDU parce qu’elle est intervenue avant la publication du Règlement dans la *Gazette du Canada, Partie II* et qu’on présume, normalement, que la législation habilitante n’autorise pas la promulgation d’une législation subordonnée ayant un effet rétroactif.

[16] Dans leur documentation écrite et leurs observations orales, l’intervenante et les défendeurs ont donné l’orientation probable de leur réponse à la demande de contrôle judiciaire. En premier lieu, la demande de contrôle judiciaire n’a pas été présentée à temps: le délai court à partir de la signature du contrat de vente le 26 novembre 1996 et non à partir du 21 décembre 1996, date à laquelle M<sup>me</sup> May a reçu une [TRADUCTION] «lettre de politesse» des ministres l’informant qu’à leur avis, la loi n’obligeait pas à soumettre ce projet à une évaluation environnementale. L’avis de requête introductif d’instance du demandeur a été déposé le 20 janvier 1997, soit plus de 30 jours après

time-barred by subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[17] Second, the applicant is not entitled to several of the forms of relief that it is seeking. In particular, the Court will not grant the declaratory or injunctive relief in the absence of evidence of likely future harm that will result from the impugned conduct. Nor is *mandamus* an available remedy since the respondents owe no legal duty to the applicant with respect to the conduct of an environmental assessment under the CEAA.

[18] Third, the substantive aspects of the response to the Sierra Club's application for judicial review include the fact that the AECL and the Export Guarantee Corporation are both Crown corporations, and are thus not subject to the CEAA by virtue of their exclusion from the definition of "federal authority" in subsection 2(1). Moreover, it was said, the applicant's case focuses on the public funding approved by the Ministers, so that off-shore construction is not the issue, and the POC Regulations are thus irrelevant to the application.

### C. THE ISSUES

[19] (1) What is the standard of review to be applied on an appeal from Giles A.S.P.'s decision to dismiss the motion to strike out the applicant's originating notice of motion on the ground that the applicant lacks standing?

(2) Does the provision in subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* that an application for judicial review may be made "by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought" preclude the Court from entertaining applications by applicants, such as the Sierra Club, who do not allege that the administrative action in dispute has either violated their legal right or interests, or inflicted special damage on them?

la décision contestée; il était donc légalement prescrit suivant le paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[17] Deuxièmement, le demandeur n'a pas le droit d'obtenir plusieurs des mesures de réparation qu'il sollicite. Plus précisément, la Cour ne prononcera pas de jugement déclaratoire ni d'injonction en l'absence d'une preuve qu'il est probable que la conduite contestée entraîne un préjudice futur. Un *mandamus* ne constitue pas non plus une réparation susceptible d'être accordée puisque les défendeurs n'avaient aucune obligation légale envers le demandeur de procéder à une évaluation environnementale prévue à la LCÉE.

[18] Troisièmement, les éléments de fond que comporte la réponse à la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club incluent l'argument selon lequel ÉACL et la Export Guarantee Corporation sont toutes deux des sociétés d'État et ne sont donc pas assujetties à la LCÉE puisqu'elles sont exclues de la définition donnée à une «autorité fédérale» au paragraphe 2(1). En outre, a-t-il été affirmé, l'argumentation du demandeur vise surtout le financement public approuvé par les ministres, de sorte que la construction à l'étranger ne constitue pas la question en litige et que le Règlement sur le PÉEPREC ne s'applique pas à la demande.

### C. LES QUESTIONS EN LITIGE

[19] 1) Quelle norme de contrôle s'applique à un appel interjeté à l'encontre de la décision du protonotaire adjoint Giles de rejeter la requête en radiation de l'avis de requête introductif d'instance au motif que le demandeur n'a pas la qualité pour agir?

2) La disposition du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par «quiconque est directement touché par l'objet de la demande» empêche-t-elle la Cour de connaître des demandes présentées par des demandeurs comme le Sierra Club, qui ne prétendent pas que la mesure administrative contestée a porté atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts juridiques ni leur a causé un dommage particulier ou spécial?



(3) If not, does the applicant meet the common law criteria for the grant of public interest standing?

#### D. ANALYSIS

##### (1) The standard of review

[20] The leading authority on the standard of review to be applied to a discretionary decision by a prothonotary, such as, in this case, the grant of public interest standing, is *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), where MacGuigan J.A. said (at page 463):

. . . discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

[21] While discretionary orders by prothonotaries striking out originating notices of motion for lack of standing may “raise questions vital to the final issue of a case” (*James River Corp. of Virginia v. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (F.C.T.D.), at pages 159-160 (*per* Reed J.)), I do not think that the same can be said of orders granting standing. Accordingly, I should defer to Giles A.S.P.’s exercise of discretion to grant the applicant standing, and to dismiss the motion to strike, unless I am satisfied that he exercised his discretion on the basis of a wrong principle.

3) Dans la négative, le demandeur satisfait-il aux critères de common law qui président à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public?

#### D. ANALYSE

##### 1) La norme de contrôle

[20] L’arrêt-clé au sujet de la norme de contrôle applicable à une décision discrétionnaire d’un protonotaire comme l’est, en l’espèce, la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public, est l’arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.). Le juge MacGuigan y a indiqué, à la page 463:

[. . .] le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l’ordonnance est entachée d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits,

b) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal.

Si l’ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début.

[21] Même s’il est possible de soutenir que les ordonnances discrétionnaires des protonotaires radiant des avis de requête introductif d’instance pour défaut de qualité pour agir peuvent soulever des questions «ayant une influence déterminante sur l’issue du principal» (voir la décision *James River Corp. of Virginia c. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 159 et 160 (M<sup>me</sup> le juge Reed)), j’estime que ce n’est pas le cas des ordonnances qui reconnaissent la qualité pour agir. Par conséquent, je devrais faire preuve de retenue face à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire adjoint Giles qui a reconnu la qualité pour agir et rejeté la requête en radiation, sauf si je suis convaincu qu’il s’est fondé sur un mauvais principe.

## (2) The standing of the applicant

[22] Some preliminary observations are apposite before I examine in more detail the arguments advanced by the intervener and the respondents. First, the applicant has not contended that the administrative action that it impugns in the application for judicial review affects the private legal rights of the Sierra Club or its members, or inflicts on either it or them "special damage" that is over and above that sustained by the public at large. Thus, the applicant's claim to standing is based solely on the appropriateness of the Sierra Club as a representative of the public interest to bring before the Court the allegations that the respondents are in breach of their statutory duty under the CEEA. The grant of standing in such circumstances is, of course, a matter within the discretion of the Court: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

[23] Second, it was not suggested by the intervener or the respondents that the Sierra Club ought first to have asked the Attorney General of Canada, as the protector of public rights, to launch a challenge to the Ministers' refusal to subject the sale of the CANDU nuclear reactors to an environmental assessment. Given that the decisions under review were taken by the Attorney General's cabinet colleagues, who presumably had the benefit of legal advice from lawyers in the Justice Department, such a request would likely be a futile formality.

[24] Third, when the issue of standing is raised in response to an application for judicial review, the burden is on the applicant to establish that she or he has standing to institute the proceedings. However, in this case, the issue of standing is raised in a preliminary motion to strike the applicant's originating notice of motion. In such motions the onus is normally on the moving party to establish on the balance of probabilities that the application lacks merit. It would therefore seem to follow that on a motion to strike an application on the ground that the applicant lacks standing, the burden is on the moving party to satisfy

## 2) La qualité pour agir du demandeur

[22] La formulation de certaines observations préliminaires s'impose avant d'examiner plus en profondeur les arguments avancés par l'intervenante et les défendeurs. Premièrement, le demandeur ne prétend pas que la mesure administrative contestée dans la demande de contrôle judiciaire touche les droits privés que la loi confère au Sierra Club ou à ses membres, ni qu'elle leur cause à l'un ou l'autre d'entre eux un «dommage spécial» ou «particulier» distinct de celui que subit le grand public. Ainsi, la qualité pour agir revendiquée par le demandeur repose uniquement sur la mesure dans laquelle le Sierra Club est un représentant convenable de l'intérêt public, apte à saisir la Cour d'allégations portant que les intimés ont manqué à une obligation que leur imposait la LCÉE. Il est évident que la reconnaissance de la qualité pour agir dans de telles circonstances relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour: voir l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

[23] Deuxièmement, ni l'intervenante ni les défendeurs n'ont laissé entendre que le Sierra Club aurait d'abord dû demander au procureur général du Canada de contester, en sa qualité de protecteur des droits du public, le refus des ministres de soumettre la vente des réacteurs nucléaires CANDU à une évaluation environnementale. Comme les décisions examinées ont été prises par des collègues du procureur général au Cabinet et qu'il y a lieu de croire que ces derniers ont été conseillés par les avocats du ministère de la Justice, il aurait probablement été vain de mener une telle démarche.

[24] Troisièmement, lorsque la question de la qualité pour agir est soulevée en réponse à une demande de contrôle judiciaire, il incombe au demandeur de prouver qu'il ou elle a la qualité pour intenter les poursuites. Toutefois, en l'espèce, cette question se pose dans le contexte d'une requête préliminaire en radiation de l'avis de requête introductif d'instance présenté par le demandeur. Dans le cadre de telles requêtes, c'est habituellement au requérant qu'il incombe de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la demande n'est pas fondée. Ainsi, il semblerait que, dans le cadre d'une requête en

the Court that the applicant does not have standing.

[25] In my view, a court should be prepared to terminate an application for judicial review on a preliminary motion to strike for lack of standing only in very clear cases. At this stage of the proceeding, the Court may not have all the relevant facts before it, or the benefit of full legal argument on the statutory framework within which the administrative action in question was taken. To the extent that the strength of the applicant's case, and other factors, are relevant to the ground of discretionary standing, the Court may not be in a position to make a fully informed decision that would justify a denial of standing. See, for example, *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment & Public Safety)* (1993), 10 C.E.L.R. (N.S.) 165 (Sask. Q.B.), at pages 166-168.

[26] Of course, when the Court has sufficient material to enable it to make a determination, then it may properly deny standing on a preliminary motion: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, *supra*, at pages 615-617. However, the willingness of a court to be so satisfied at this stage may depend on the range of factors that it considers relevant to determine whether the applicant has standing, including the strength of the applicant's case, the nature of the relief sought, the ground of review or an analysis of the statute to determine the interests that it is intended to protect: *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd.*, [1982] A.C. 617 (H.L.).

(i) Standing and the *Federal Court Act*, subsection 18.1(1)

[27] The first argument made by the intervener was that standing to make an application for judicial review in the Federal Court is governed by subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* which provides that:

radiation d'une demande pour absence de qualité pour agir du demandeur, ce soit au requérant qu'il incombe de convaincre la Cour que le demandeur n'a pas qualité pour agir.

[25] À mon avis, ce n'est que dans les cas les plus évidents qu'un tribunal devrait accepter de mettre fin à une demande de contrôle judiciaire à l'étape d'une requête préliminaire en radiation pour défaut de qualité pour agir. En effet, à ce moment-là, il est possible que le tribunal ne dispose pas de tous les faits pertinents et ne bénéficie pas d'une argumentation juridique complète sur le cadre législatif dans lequel s'inscrit la mesure administrative en question. Si la solidité de la cause du demandeur, ainsi que d'autres facteurs, sont pertinents au moyen fondé sur la reconnaissance discrétionnaire de la qualité pour agir, il peut arriver que le tribunal ne puisse pas rendre une décision totalement éclairée justifiant le refus de reconnaître la qualité pour agir. Voir, par exemple, la décision *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment & Public Safety)* (1993), 10 C.E.L.R. (N.S.) 165 (B.R. Sask.), aux pages 166 à 168.

[26] Bien sûr, le tribunal qui estime être saisi d'un dossier suffisant pour lui permettre de se prononcer peut légitimement refuser de reconnaître la qualité pour agir à l'étape d'une requête préliminaire: voir l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, précité, aux pages 615 à 617. Toutefois, l'empressement du tribunal à être ainsi convaincu à cette étape peut dépendre des divers facteurs qu'il considère pertinents pour établir si le demandeur a la qualité pour agir, notamment la solidité de sa cause, la nature de la réparation recherchée, le motif de contrôle ou une analyse de la loi établissant quels intérêts elle vise à protéger: voir l'arrêt *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd.*, [1982] A.C. 617 (H.L.).

(i) La qualité pour agir et le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*

[27] Comme premier argument, l'intervenante a soutenu que la qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale est régie par le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui prévoit:

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought. [Emphasis added.]

[28] Counsel for the intervener contended that, by definition, a person who relies on public interest standing, rather than on the infringement of a private right or the infliction of special damage, is not “directly affected”, and therefore lacks standing under subsection 18.1(1). He also referred to case law involving the words “directly affected” in other statutes, where they had been interpreted as requiring the applicant to have an interest similar to that required at common law for a person to be eligible for injunctive or declaratory relief on the basis of “private right” standing.

[29] In particular, in *Canadian Union of Public Employees, Local 30 et al. v. WMI Waste Management of Canada Inc.* (1996), 178 A.R. 297 (C.A.) it was held that a union opposing an application for an approval to operate a waste management facility was not “directly affected” by the grant of approval so that it lacked standing to appeal to a tribunal. However, the interpretation of “directly affected” in the context of a statutory right of appeal to a tribunal is not in my view a reliable indication of the meaning to be attributed to the scope of subsection 18.1(1), where the exclusion of public interest litigants would significantly limit the Court’s jurisdiction to review the legality of federal administrative action.

[30] Counsel frankly conceded that *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201 (F.C.A.) was against him. In that case, which also concerned a challenge by a public interest group concerned with environmental protection, Desjardins J.A. said (at pages 222-223):

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l’objet de la demande. [Non souligné dans l’original.]

[28] Selon l’avocat de l’intervenante, une personne qui revendique la qualité pour agir dans l’intérêt public, plutôt qu’en raison d’une atteinte portée à un droit privé ou du fait qu’elle a subi un dommage particulier ou spécial, n’est pas, par définition, «directement touché[e]» et n’a donc pas la qualité pour agir d’après le paragraphe 18.1(1). L’avocat a également attiré l’attention de la Cour sur des précédents examinant l’expression «directement touché» contenue dans d’autres lois et l’interprétant comme exigeant que le demandeur ait un intérêt similaire à celui qui est requis en common law pour permettre à une personne de pouvoir obtenir une injonction ou un jugement déclaratoire sur le fondement d’une qualité pour agir de droit privé.

[29] Plus particulièrement, dans l’arrêt *Canadian Union of Public Employees, Local 30 et al. v. WMI Waste Management of Canada Inc.* (1996), 178 A.R. 297 (C.A.), la Cour a statué qu’un syndicat s’opposant à une demande d’approbation visant l’exploitation d’une installation de gestion des déchets n’était pas «directement touché» par l’approbation accordée de sorte qu’il n’avait pas la qualité requise pour interjeter appel devant un tribunal. Toutefois, l’interprétation de l’expression «directement touché» dans le contexte d’un droit que confère la loi d’interjeter appel devant un tribunal n’est pas, selon moi, une indication fiable de la portée à donner au paragraphe 18.1(1), dans le cadre duquel l’exclusion des parties agissant dans l’intérêt public limiterait considérablement la compétence de la Cour de réviser la légalité de la mesure administrative fédérale.

[30] L’avocat a sincèrement reconnu que l’arrêt *Sunshine Village Corp. c. Directeur du Parc national de Banff* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201 (C.A.F.) allait à l’encontre de sa thèse. Dans cette affaire, dans laquelle il s’agissait aussi d’une contestation formée par un groupe de défense de l’intérêt public en matière de protection de l’environnement, M<sup>me</sup> le juge Desjardins a déclaré (aux pages 222 et 223):

It is evident from the facts that the appellant is not "directly affected by the matter in respect of which relief is sought", namely with regard to the construction agreement of September 17, 1995, and the Charest approval of August 31, 1992. CPAWS does not, therefore, have standing as of right.

I agree, however, with Reed J. in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* [[1993] 2 F.C. 229 (T.D.)] that it was not the intention of Parliament, by including the words "directly affected" in subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*, to restrict the public interest standing to the pre-*Thorson, Borowski, Finlay* test. She suggested that:

... the wording in subsection 18.1(1) allows the Court discretion to grant standing when it is convinced that the particular circumstances of the case and the type of interest which the applicant holds justify status being granted.

Thus Reed J. reasoned that if an applicant is able to meet the above criteria and, assuming that there is a justiciable issue and no other effective and practical means of getting the issue before the courts, standing will be granted.

[31] Counsel for the intervener also brought to my attention an earlier decision, *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422 (T.D.), at page 435, in which Rouleau J. held that the plaintiff did not qualify for public interest standing because it did not demonstrate that:

... it has a special interest in the legislation and that it will suffer special prejudice as a result of the illegal actions.

The decision was affirmed in the Federal Court of Appeal ((1990), 68 D.L.R. (4th) 761), where it was said that the requirement in the former subsection 28(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] that applicants who are directly affected by a decision may seek to have it set aside was similar to the common law rules for standing. However, the Court did not expressly address the issue of public standing.

Il ressort des faits que l'appelante n'est pas «directement touché[e] par l'objet de la demande», c'est-à-dire par l'accord de construction daté du 17 septembre 1995 et par l'approbation donnée par M. Charest le 31 août 1992. La SPPSNC n'a donc pas qualité pour agir de plein droit.

Je suis toutefois d'accord avec M<sup>me</sup> le juge Reed lorsqu'elle déclare dans l'affaire *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* [[1993] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.)] qu'en ajoutant les mots «directement touché» au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur n'avait pas l'intention de limiter la qualité pour agir dans l'intérêt public au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*. M<sup>me</sup> le juge Reed a déclaré ceci:

[...] le libellé du paragraphe 18.1(1) attribue à la Cour le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand elle est convaincue que les circonstances particulières de l'espèce et le type d'intérêt qu'a le requérant justifient cette reconnaissance.

Par conséquent, M<sup>me</sup> le juge Reed a soutenu qu'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir à la partie requérante qui est en mesure de satisfaire au critère précité, à supposer qu'il y ait une question réglable par les voies de justice et qu'il n'existe aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux.

[31] L'avocat de l'intervenante a également attiré mon attention sur une décision rendue antérieurement, soit dans l'affaire *Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 1 C.F. 422 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 435. Dans cette affaire, le juge Rouleau a statué que la requérante ne pouvait se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public parce qu'elle n'avait pas établi:

[...] qu'elle possède un intérêt particulier dans les dispositions législatives en cause et que les actes illégaux contestés lui causeront un dommage spécial.

La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision ((1990), 68 D.L.R. (4th) 761) et précisé que l'exigence prévue dans l'ancien paragraphe 28(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] selon laquelle les demandeurs directement touchés par une décision sont admis à solliciter l'annulation de celle-ci était semblable aux règles de common law en matière de qualité pour agir. Toutefois, la Cour n'a pas expressément abordé la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[32] For this reason, and because the test formulated by Rouleau J. seems to me virtually identical to that for standing as of right, I do not regard *Glaxo* as an authoritative guide to standing for the purpose of the current subsection 18.1(1). In contrast, *Sunshine Village*, *supra*, clearly holds that a person who satisfies the requirements for discretionary public interest standing may seek relief under subsection 18.1(1), even though not “directly affected”. In my opinion, this is the preferable view, even though the language of subsection 18.1(1) suggests that only those who meet the pre-*Finlay* test may seek judicial review. In the absence of an explicit statutory provision excluding public interest applicants from the Federal Court, it would be so incongruous to subject the Court’s ability to entertain applications for judicial review to a limitation not imposed on other courts, that I am unwilling to adopt the narrower interpretation of subsection 18.1(1) for which the intervener in this case has contended.

[33] In the alternative, counsel argued, Reed J.’s references in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229 (T.D.), at page 283, to “the particular circumstances of the case” and “the type of interest which the applicant holds” as factors relevant to the grant of status or standing indicate that a broader range of considerations may be taken into account under subsection 18.1(1) than those relevant to determining public interest standing at common law.

[34] In the absence of any authority that clearly addresses this point, I would be reluctant to infer from the words of Reed J. an intention to introduce a test for the grant of public interest standing in the Federal Court different from that applied by other courts in Canada. Once it has been decided that the words “directly affected” do not exclude those who apply for judicial review as public interest applicants, I think

[32] Pour ce motif, et parce que le critère formulé par le juge Rouleau me semble pratiquement identique à celui de la qualité pour agir de plein droit, je ne considère pas la décision *Glaxo* comme un précédent en matière de qualité pour agir pour l’application de l’actuel paragraphe 18.1(1). En revanche, dans la décision *Sunshine Village*, précitée, il est clairement statué qu’une personne qui satisfait aux conditions requises pour obtenir la qualité pour agir dans l’intérêt public, laquelle est reconnue de façon discrétionnaire, peut invoquer le paragraphe 18.1(1) pour demander une réparation même si elle n’est pas «directement touché[e]». J’estime qu’il est préférable d’adopter ce point de vue, même si le libellé du paragraphe 18.1(1) donne à penser que seuls ceux qui satisfont au critère défini avant l’arrêt *Finlay* peuvent demander un contrôle judiciaire. En l’absence d’une disposition législative excluant expressément de la compétence de la Cour fédérale les demandeurs agissant dans l’intérêt public, il serait si insolite d’enfermer son pouvoir de connaître des demandes de contrôle judiciaire dans des limites auxquelles les autres tribunaux ne sont pas assujettis, que je ne saurais accepter l’interprétation plus étroite du paragraphe 18.1(1) que propose l’intervenante en l’espèce.

[33] À titre subsidiaire, l’avocat a fait valoir que les mentions faites par M<sup>me</sup> le juge Reed dans l’arrêt *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 283 des «circonstances particulières de l’espèce» et du «type d’intérêt qu’a le requérant» en tant que facteurs pertinents à la reconnaissance de la qualité pour agir indiquent que, dans le cadre du paragraphe 18.1(1), le tribunal peut tenir compte d’une série de considérations plus étendue que dans le cas de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public en common law.

[34] En l’absence de tout précédent portant directement sur ce point, j’hésite à inférer des propos du juge Reed qu’elle avait l’intention d’introduire, en matière de reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public devant la Cour fédérale, un critère distinct de celui qu’appliquent les autres tribunaux du Canada. Une fois qu’il a été décidé que l’expression «directement touché» n’exclut pas les personnes qui deman-

that it would be imprudent to add a new layer of complexity to a test that already is quite flexible. Moreover, the *Finlay* test is not confined to “the interest which the applicant holds”, but also includes a consideration of the seriousness of the issue raised by the applicant, and a comparison of the applicant’s interest with the interest of other persons and the likelihood of their litigating the matter if the applicant is denied standing. Accordingly, it is not at all clear that Reed J. intended to differentiate the test for public interest standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* from that established at common law.

(ii) Public interest standing at common law

[35] Whether a public interest applicant should be granted standing is determined by reference to the three well-known factors established by the Supreme Court of Canada in *Finlay, supra*, and the preceding trilogy of cases dealing with public interest standing and constitutional challenges, namely, *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575 and *Nova Scotia Board of Censors v. Attorney General (N.S.)*, [1978] 2 S.C.R. 662.

[36] Thus, a reviewing court must consider whether the litigation raises a serious or justiciable issue; whether the applicant has a genuine interest in the outcome or subject-matter of the litigation; and whether there are persons other than the applicant who are more directly affected and who can reasonably be expected to litigate the issues raised by the applicant. These should be approached not, as a list of items to be checked off mechanically, but in light of the different policy considerations that the standing requirement addresses: *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 225 (Ont. C.A.).

dent un contrôle judiciaire au nom de l’intérêt public, je considère imprudent d’ajouter un autre niveau de complexité à un critère déjà assez souple. En outre, le critère de l’arrêt *Finlay* ne se limite pas à l’«intérêt qu’a le requérant», mais inclut aussi une évaluation du sérieux de la question soulevée par le demandeur ainsi qu’une comparaison de son intérêt avec celui d’autres personnes et un examen de la probabilité que celles-ci portent l’affaire en justice si le demandeur se voit refuser la qualité pour agir. Par conséquent, il n’est pas du tout évident que le juge Reed entendait faire une distinction entre le critère applicable à la qualité pour agir dans l’intérêt public dans le cadre du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et celui qui est établi en common law.

(ii) La qualité pour agir dans l’intérêt public en common law

[35] Pour décider s’il faut reconnaître à un demandeur la qualité pour agir dans l’intérêt public, il y a lieu d’appliquer trois facteurs bien connus, établis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Finlay*, précité, et dans la trilogie de décisions qui a précédé cet arrêt et qui porte sur la qualité pour agir dans l’intérêt public dans le cadre des contestations constitutionnelles, à savoir les arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575 et *Nova Scotia Board of Censors c. Procureur général (N.-É.)*, [1978] 2 R.C.S. 662.

[36] Ainsi, le tribunal chargé d’un contrôle doit vérifier si le litige pose une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire, si le demandeur a un intérêt véritable dans l’issue du litige et s’il existe des personnes autres que le demandeur qui sont plus directement touchées et dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles saisissent la justice des questions que soulève le demandeur. Ces points ne doivent pas être considérés comme une liste d’éléments à cocher de manière mécanique, mais plutôt en fonction des différentes considérations générales que vise l’exigence applicable en matière de qualité pour agir: voir l’arrêt *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 225 (C.A. Ont.).

(a) a serious or justiciable issue

[37] The respondent Ministers conceded that the applicant satisfied this element of the public interest standing test, but the intervener did not. Counsel for the intervener did not argue that the issues raised in the application for judicial review were non-justiciable, in the sense that they were not appropriate for determination by a court, as opposed to another branch of government. Rather, the argument was that the applicant was so unlikely to be successful on the merits on the application for judicial review that it should be denied standing.

[38] It seems now to be settled law that the seriousness of the issues raised by a public interest applicant encompasses both the importance of the issues and the likelihood of their being resolved in favour of the applicant. Given the discretionary nature of public interest standing, and its concern to ensure that scarce public resources are not squandered and other litigants are not subjected to further delay, it seems appropriate that the merits of the claim should be taken into consideration: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675.

[39] However, when the question of standing is raised in a preliminary motion, such as is the case here, a court should not subject the strength of an applicant's claim to a level of scrutiny that probes more deeply than considering whether, on the materials before the court, the applicant has a fairly arguable case or, putting it the other way, has no reasonable cause of action: *Energy Probe v. Canada (Attorney General)* (1989), 68 O.R. (2d) 449 (C.A.); *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)*, *supra*. The burden will be on the moving party in a preliminary motion to demonstrate that the applicant fails to satisfy even this low threshold test.

(a) Il se pose une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire

[37] Les ministres défendeurs, au contraire de l'intervenante, concèdent que le demandeur satisfait à cet élément du critère applicable en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public. L'avocat de l'intervenante ne soutient pas que les questions que pose la demande de contrôle judiciaire ne sont pas réglables par voie de justice, en ce sens qu'un tribunal ne peut se prononcer sur celles-ci, par opposition à une autre agence du gouvernement. Il prétend plutôt qu'il y a si peu de chances que le demandeur ait gain de cause sur le fond de la demande de contrôle judiciaire qu'il devrait se voir refuser la qualité pour agir.

[38] Selon un principe juridique qui semble maintenant établi, le caractère sérieux des questions que pose un demandeur agissant dans l'intérêt public comprend tant l'importance des questions soulevées que la probabilité que la demande soit accueillie. Étant donné la nature discrétionnaire de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public et le souci de veiller à ce que les ressources publiques limitées ne soient pas dissipées et que d'autres parties n'aient pas à supporter des délais supplémentaires, il semblerait qu'il convienne de prendre en compte le bien-fondé de la demande: voir les arrêts *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675.

[39] Toutefois, quand la question de la qualité pour agir se pose dans le cadre d'une requête préliminaire, comme c'est le cas en l'espèce, l'examen auquel un tribunal devrait soumettre la solidité de la cause du demandeur ne devrait pas dépasser la vérification que le dossier présenté par le demandeur établit qu'il a une cause raisonnablement défendable ou, à l'inverse, qu'il ne possède pas une cause raisonnable d'action: voir l'arrêt *Energy Probe v. Canada (Attorney general)* (1989), 68 O.R. (2d) 449 (C.A.) et l'arrêt *Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)*, précité. Dans le cadre d'une requête préliminaire, c'est au requérant qu'il incombe de prouver que le demandeur ne satisfait même pas à ce critère préliminaire peu exigeant.



[40] The intervener in this case falls well short of discharging this burden, in large part because the aspects of the appellant's claim on which it focuses involves the exercise of discretion by the Court. In my view, such decisions are generally better made when the Court has before it all the relevant facts and has heard full legal arguments, rather than, as here, on a preliminary motion to strike.

[41] Thus, even on the assumption that, as the intervener contends, the limitation period for making an application for judicial review started on November 26, 1996, when the Prime Minister announced the sale of the CANDU reactors and thereby "communicated" the decision within the meaning of subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*, rather than, as the applicant alleges, on December 21, 1996, when it was first advised by the Ministers that they had decided that the CEAA did not apply to the sale, the Court has a discretion under subsection 18.1(2) to extend the 30-day period within which an application must normally be made. In view of the relatively short delay involved in this case, the public importance of the issues and the difficulty that the Sierra Club had in obtaining information about the sale and whether it would be subjected to an environmental assessment, it is by no means certain, or even probable, that a judge of this Court hearing the application for judicial review would refuse to exercise her or his discretion to extend the limitation period *ex post facto*.

[42] The intervener also maintained that the remedies sought by the Sierra Club were simply not available to it, and that its application was thus bound to fail. Again, the intervener relied upon issues that are within the discretion of the Court when deciding whether to grant relief, and as such are more appropriately addressed in the context of a consideration of the merits of the application for judicial review. For example, the intervener maintained that the applicant had produced no evidence that any harm is likely to result from the allegedly unlawful refusal of the respondents to subject to an environmental assessment

[40] En l'espèce, l'intervenante est loin de s'être acquittée de ce fardeau, principalement parce que les aspects de la demande sur lesquels elle a insisté font jouer le pouvoir discrétionnaire de la Cour. J'estime qu'il est généralement préférable que la Cour se prononce sur ce genre de questions après avoir été informée de tous les faits pertinents et avoir entendu tous les arguments juridiques, plutôt que, comme en l'espèce, au moment d'une requête préliminaire en radiation.

[41] Ainsi, même si l'on présume, comme le prétend l'intervenante, que le délai de prescription pour présenter la demande de contrôle judiciaire a commencé à courir le 26 novembre 1996, au moment où le premier ministre a annoncé la vente des réacteurs CANDU et a ainsi «communiqué» sa décision selon ce que prévoit le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et non le 21 décembre 1996, comme le prétend le demandeur, lorsque les ministres l'ont informé pour la première fois qu'ils avaient décidé que la LCÉE ne s'appliquait pas à la vente, le paragraphe 18.1(2) investit la Cour du pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de trente jours imparti normalement pour présenter une demande. Compte tenu du retard relativement court connu en l'espèce, de l'importance des questions soulevées pour le public et des difficultés éprouvées par le Sierra Club pour obtenir des renseignements au sujet de la vente et de son assujettissement à une évaluation environnementale, il est loin d'être sûr, ou même probable, qu'un juge de la présente Cour saisi de la demande de contrôle judiciaire refuserait d'exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de prescription *ex post facto*.

[42] L'intervenante soutient en outre que le Sierra Club ne peut tout simplement pas obtenir les mesures de redressement qu'il recherche et que sa demande doit donc nécessairement échouer. Encore une fois, les points qu'elle avance dépendent de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour, qui décide d'accorder ou non la réparation, et il est plus judicieux de trancher celles-ci dans le cadre de l'examen de la demande de contrôle judiciaire sur le fond. Par exemple, l'intervenante soutient que le demandeur n'a présenté aucune preuve établissant qu'un préjudice est susceptible de résulter du refus prétendument illégal

review under the CEEA the sale to China of the nuclear reactors, and their construction and operation in China. The intervener stated that there is a legally required environmental assessment process in place in China, and there was no evidence that this would not be adequate to protect the public from a potentially hazardous operation.

[43] Counsel relied on *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 for the proposition that, in the absence of a showing of likely harm, the Court when hearing the application for judicial review would not grant the declaratory or injunctive relief sought by the applicant.

[44] In my opinion, this argument is untenable. *Operation Dismantle* is easily distinguishable. In that case, the plaintiff based its claim that the cabinet was acting unlawfully on the ground that permitting weapons testing in Canada would put at risk the constitutional right guaranteed by 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]] not to be deprived of life and security of the person. Since the Court held that whether the testing would increase the danger of a military attack on Canada was not susceptible of proof in a court of law, the plaintiff's claim collapsed.

[45] In the case before me, however, the illegality alleged by the applicant is a breach of the statutory duty imposed on a public body to conduct an environmental assessment. While the grant of declaratory relief is within the discretion of the Court, I know of no authority for the proposition that the applicant must prove that the alleged illegality will cause future harm in order to be granted public interest standing. Of course, a court may refuse relief in the exercise of its discretion if satisfied that the remedy sought would have no practical effect or utility. But again, this is not a matter that can be properly decided in the context of a preliminary motion to strike.

des défendeurs d'assujettir à une évaluation environnementale prévue par la LCÉE la vente de réacteurs nucléaires à la Chine, de même que leur construction et leur exploitation dans ce pays. Selon l'intervenante, la loi chinoise prescrit un processus d'évaluation environnementale et rien ne prouve que ce processus ne permet pas de protéger le public contre une exploitation potentiellement dangereuse.

[43] L'avocat invoque l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à l'appui de l'argument selon lequel la Cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire refusera de prononcer l'injonction ou le jugement déclaratoire sollicité par le demandeur en l'absence d'une démonstration de l'existence d'un préjudice ou d'un dommage probable.

[44] À mon avis, cet argument est indéfendable. L'arrêt *Operation Dismantle* se distingue facilement du présent cas. Dans cette affaire, le demandeur prétendait que le Cabinet avait agi illégalement parce qu'en permettant les essais d'armes au Canada, il mettait en danger le droit constitutionnel à la vie et à la sécurité garanti par 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]]. La Cour ayant statué qu'il était impossible de prouver devant une cour de justice que les essais augmentaient le risque d'une attaque militaire contre le Canada, la demande a échoué.

[45] Toutefois, dans l'affaire dont je suis saisi, l'illégalité dont se plaint le demandeur est un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation environnementale que la loi impose à un organisme public. Je sais qu'un jugement déclaratoire relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, mais je ne connais aucun précédent étayant l'argument selon lequel le demandeur doit prouver que l'illégalité reprochée causera un préjudice futur pour pouvoir obtenir la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il est évident qu'un tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder une réparation s'il est convaincu que celle-ci n'aurait

[46] Finally, the intervener argued that the order of *mandamus* that the applicant seeks to require the respondent to ensure that the CANDU sale is subject to an environmental assessment in accordance with the CEEA could not be granted because *mandamus* is only issued to those to whom respondents owe a legal duty. However, whether a more stringent test of standing applies to *mandamus* than to other remedies must be regarded as doubtful after *Finlay*.

[47] In any event, the statutory orders that this Court may grant under subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], while doubtless modelled on the forms of relief available under the prerogative orders and the declaration and injunction, are not necessarily encrusted with the same technicalities that at one time hampered the development of the common law remedies of judicial review. Again, to the extent that public interest standing should be granted more sparingly when the relief sought is mandatory in nature is simply one of the facts to be considered in the exercise of the discretion of the Court when the application for judicial review is heard on its merits.

[48] I conclude, therefore, that the application for judicial review raises a serious or justiciable issue and should not be struck out on this ground.

(b) a genuine interest

[49] Whether the applicant has a genuine interest in the outcome of the application for judicial review or, to use the words of subsection 18.1(1), “by the matter in respect of which relief is sought”, is a more diffi-

aucune conséquence ou utilité pratique. Je répète, toutefois, qu’il ne s’agit pas d’une question qu’il convient de trancher dans le cadre d’une requête préliminaire en radiation.

[46] Finalement, l’intervenante soutient que l’ordonnance de *mandamus* sollicitée par le demandeur pour obliger les défendeurs à s’assurer que la vente des CANDU est soumise à une évaluation environnementale conforme à la LCÉE ne saurait être accordée parce qu’un *mandamus* n’est délivré qu’aux personnes envers lesquelles les défendeurs ont une obligation selon la loi. Malgré cela, il est pour le moins difficile de croire, après l’arrêt *Finlay*, qu’il faut appliquer un critère plus rigoureux en matière de qualité pour agir dans le cas d’un *mandamus* que dans celui des autres mesures de redressement.

[47] Quoi qu’il en soit, les ordonnances que le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] autorise la présente Cour à prononcer, bien qu’elles aient été sans aucun doute façonnées à partir des mesures de réparation qu’offrent les ordonnances de prérogative ainsi que le jugement déclaratoire et l’injonction, ne sont pas nécessairement assujetties aux mêmes questions de forme qui, à une certaine époque, ont freiné l’évolution, en common law, des mesures de redressement applicables en matière de contrôle. Encore une fois, la mesure dans laquelle la qualité pour agir dans l’intérêt public devrait être reconnue avec plus de modération lorsque la réparation demandée est de nature obligatoire n’est qu’un des faits que la Cour est appelée à prendre en compte dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire au moment où elle entend la demande de contrôle judiciaire sur le fond.

[48] Par conséquent, je conclus que la demande de contrôle judiciaire pose une question sérieuse ou réglable par voie judiciaire et ne devrait pas être radiée pour ce motif.

(b) un intérêt véritable

[49] Il est plus difficile de décider si le demandeur a un intérêt véritable dans l’issue de la demande de contrôle judiciaire ou, pour reprendre le libellé du paragraphe 18.1(1), dans «l’objet de la demande».

cult question. The intervener advanced a novel theory that it claimed explained the case law to date on this aspect of the requirements for public interest standing. The argument is that the following test may be inferred from the results of the cases, if not always from the reasons for judgment: “Has the applicant demonstrated a reasonably apprehended harm to a vulnerable constituency, and is it the appropriate body to represent that constituency? Only if the answer to this question is in the affirmative, will the applicant have demonstrated a ‘genuine interest’ that will support the grant of public interest standing.”

[50] For example, standing could be said to have been granted in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, *supra*, because Mr. Finlay, a recipient of provincial welfare benefits, was an appropriate person to represent other welfare recipients, a vulnerable group, who might reasonably fear that, if the federal government continued to fund Manitoba’s welfare program even though the legislation did not meet the national standards then prescribed in the *Canada Assistance Plan* [R.S.C. 1970, c. C-1] (CAP), they would be denied benefits at the level and on the terms guaranteed by the CAP.

[51] Similarly, in *Canadian Council of Churches*, *supra*, the Council was recognized as having a “genuine interest” in the validity of certain provisions of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] because there was a reasonable apprehension that, if allowed to remain in place, these provisions would harm the interests of refugee claimants, a vulnerable group, and that the Council’s track record of involvement with the legal rights and well-being of refugees made them an appropriate body to represent the public interest in this litigation.

[52] I agree that one function performed by the “genuine interest” requirement is to help to ensure that those granted public interest standing have an experi-

L’intervenante avance une théorie nouvelle qui, selon elle, explique les précédents rendus jusqu’à présent sur cet aspect des exigences applicables en matière de qualité pour agir dans l’intérêt public. Selon cet argument, à partir des résultats qu’ont eus ces décisions, il est possible de distinguer le critère suivant, qui ne ressort pas toujours des motifs du jugement: [TRADUCTION] «Le demandeur a-t-il établi l’existence d’une crainte raisonnable qu’un préjudice sera causé à un groupe vulnérable et est-il l’organisme qui convient pour représenter ce groupe? C’est seulement si l’on peut répondre par l’affirmative à cette question que le demandeur établit qu’il a un “intérêt véritable” justifiant de lui reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public.»

[50] Par exemple, il est possible de prétendre que, dans l’arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, précité, la qualité pour agir a été reconnue à M. Finlay, un prestataire d’aide sociale provinciale, parce qu’il était une personne qui convenait pour représenter d’autres prestataires, un groupe vulnérable, qui pouvaient raisonnablement craindre de se voir privés du niveau des prestations fixé par le *Régime d’assistance publique du Canada* [S.R.C. 1970, ch. C-1] (RAPC), aux conditions prévues par ce régime, si le gouvernement fédéral continuait à subventionner le programme d’aide sociale du Manitoba en dépit de la non-conformité de la loi de cette province avec les normes nationales alors prescrites par le RAPC.

[51] De même, dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, la Cour a reconnu que le Conseil avait un «intérêt véritable» dans la validité de certaines dispositions de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] parce qu’il existait une crainte raisonnable que le maintien de ces dispositions puisse causer un préjudice aux intérêts des demandeurs du statut de réfugié, un groupe vulnérable, et que les antécédents du Conseil en matière de défense des droits et du bien-être des réfugiés en faisait un organisme qui convenait pour représenter les intérêts du public dans ce litige.

[52] Je conviens que l’exigence d’un «intérêt véritable» a notamment pour objet de garantir que ceux qui se voient reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt

ence and expertise with respect to the underlying subject-matter of the litigation that will inform their written and oral submissions made in support of the application for judicial review, and will assist the Court to reach an appropriate result. I consider below whether the Sierra Club has a genuine interest in this sense.

[53] However, I do not agree that the case law supports, even implicitly, the notion that public interest standing is only ever granted to protect members of vulnerable groups from reasonably apprehended harm. No doubt there will continue to be instances in which standing is granted in such situations: members of vulnerable groups are, after all, often not in a position to defend their interests through litigation, and it is therefore quite appropriate that organizations that have an involvement with the issues should be allowed to litigate on their behalf.

[54] But in my view, the intervener's theory of public interest standing is too narrow because it overlooks the fact that an important reason for the extension of public interest standing beyond the Attorney General has been to protect the constitutional precepts of the rule of law and democratic accountability. If public interest standing were confined in the manner suggested by the intervener, then a wide range of administrative action would potentially be exempted from the restraints of legality, and the need to comply with the duly expressed will of Parliament. However, it may also be said that, since the public interest in the global environment is very fragmented, public interest groups with a relevant track record will often be the only likely litigants willing and able to institute legal proceedings to ensure that statutory duties are discharged by the public officials upon whom they have been imposed.

[55] The next aspect of the "genuine interest" element of the public interest standing test is whether the Sierra Club has demonstrated a degree of involvement with the subject-matter of the application for

public possessé, relativement à l'objet de la demande, une expérience et des connaissances qui serviront à formuler les observations orales et écrites qu'ils présenteront à l'appui de leur demande de contrôle judiciaire et qui aideront la Cour à parvenir au bon résultat. J'examinerai, ci-après, la question de savoir si Sierra Club a un intérêt véritable dans ce sens.

[53] Toutefois, j'estime que la jurisprudence n'étaye pas, même implicitement, la théorie selon laquelle la qualité pour agir dans l'intérêt public est toujours reconnue seulement pour protéger des membres de groupes vulnérables contre une crainte raisonnable de préjudice. Il ne fait aucun doute que la qualité pour agir continuera d'être reconnue dans de tels cas: après tout, il arrive souvent que les membres de groupes vulnérables ne soient pas en mesure d'intenter des poursuites pour défendre leurs intérêts et il convient donc très bien qu'on permette à des organisations engagées dans les domaines concernés d'ester en leur nom.

[54] Toutefois, la théorie de l'intervenante en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public est trop limitée: elle oublie qu'un des motifs importants justifiant l'extension de la qualité pour agir à d'autres qu'au procureur général est le souci de protéger les préceptes constitutionnels que sont la primauté du droit et l'obligation de rendre compte en régime démocratique. Si la qualité pour agir dans l'intérêt public était restreinte comme le prétend l'intervenante, alors un large éventail de mesures administratives pourraient échapper aux contraintes de la légalité et à la nécessité d'être conformes à la volonté dûment exprimée du Parlement. Par ailleurs, on peut dire aussi que, vu la fragmentation de l'intérêt public dans l'environnement global, il arrivera souvent que des groupes de défense de l'intérêt public ayant des antécédents pertinents seront vraisemblablement les seules parties disposées et aptes à intenter des poursuites visant à s'assurer que les agents de l'État exécutent les obligations que leur impose la loi.

[55] Par ailleurs, pour décider si le Sierra Club a un «intérêt véritable» justifiant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut se demander si ce Club a établi, dans ce qui fait l'objet

judicial review that is sufficient to make it an appropriate body to institute this proceeding in the public interest.

[56] The subject-matter of the application, or “the matter in respect of which relief is sought”, is whether there is a statutory duty to subject the export of the CANDU nuclear reactors to China, and their construction and operation there, to a full environmental assessment, and whether the approval of the partial financing of the transaction from public funds is unlawful in the event that an assessment has not been conducted as required by the CEEA.

[57] The Sierra Club’s interest in these issues of legality stems from its concern with the protection of the environment, and its belief that the project under review may endanger the environment, especially in the event of an accident. The Sierra Club takes the position that the CEEA and the environmental assessment process that it mandates are important legal and administrative tools for ensuring a degree of transparency and public accountability that will help to avoid the making of decisions that may prove to be environmentally costly.

[58] In other words, the Sierra Club’s interest in the legal issues that they raise is intimately linked to its corporate objectives. Accordingly, I do not accept the intervenor’s submission that the Sierra Club’s interest is confined to “legal process” as an abstract principle. Similarly, I do not accept their submission that the Sierra Club’s opposition to the use of nuclear power establishes that it is litigating for political reasons, and is inconsistent with its having a genuine interest in the outcome of the application for judicial review. Litigants go to court to advance their own interests or those that they support; challenges to the legality of governmental action are normally fuelled by more than an abstract concern for ensuring the supremacy of the law.

[59] The intervenor and the respondents sought to show that the applicant had no genuine interest by

de la demande de contrôle judiciaire, l’existence d’un intérêt suffisant pour être reconnu comme un organisme convenable pour intenter les poursuites dans l’intérêt public.

[56] La demande a pour objet d’établir si la loi impose l’obligation de soumettre l’exportation, la construction et l’exploitation des réacteurs nucléaires CANDU en Chine à une évaluation environnementale complète et si l’approbation d’un financement partiel de l’opération au moyen de fonds publics est illégale en l’absence d’une évaluation exigée par la LCÉE.

[57] L’intérêt du Sierra Club dans ces questions de légalité vient de son souci de la protection de l’environnement et de sa conviction que le projet examiné peut constituer une menace pour l’environnement, surtout en cas d’accident. Selon le Sierra Club, la LCÉE et le processus d’évaluation environnementale qu’elle rend obligatoire sont des outils légaux et administratifs importants pour garantir un degré de transparence et de responsabilité publique susceptible de contribuer à éviter la prise de décisions risquant de peser lourdement sur l’environnement.

[58] En d’autres termes, l’intérêt du Sierra Club dans les questions de droit qu’il soulève est intimement lié à ses objectifs généraux. Par conséquent, je rejette la prétention de l’intervenante qui soutient que l’intérêt du Sierra Club se limite à la «légalité du processus» en tant que principe abstrait. De même, je n’accepte pas son allégation suivant laquelle l’opposition du Sierra Club à l’utilisation de l’énergie nucléaire prouve qu’il tente des poursuites pour des motifs politiques et est incompatible avec l’existence d’un intérêt véritable dans l’issue de la demande de contrôle judiciaire. Les plaideurs vont devant les tribunaux pour faire valoir leurs propres intérêts ou ceux qu’ils défendent; il faut normalement plus qu’une préoccupation abstraite de s’assurer de la suprématie de la loi pour alimenter des contestations de la légalité d’une mesure gouvernementale.

[59] L’intervenante et les défendeurs cherchent à démontrer que le demandeur n’a pas d’intérêt véritable

arguing that the actual experience of the Sierra Club, and of its Executive Director, Ms. May, was significantly narrower than the project that is challenged in this case, namely the export of nuclear reactors to China, their financing, and the activities that may be carried out in Canada in order to fulfil the contract.

[60] The intervener and the respondents acknowledge that the Sierra Club or its Executive Director has been actively involved in the development of the CEEA and of the POC Regulations, although the validity of the Regulations seems no longer to be an issue in the case. They note, too, that the applicant is a member of a coalition dedicated to the phasing out of the use of nuclear power and that the Sierra Club's stated policies include a concern with nuclear power and the export of reactors.

[61] But, they say, statements of corporate objectives, priorities and concerns are no substitute for actual involvement with the issues that underlie litigation. It is the expertise, understanding and insights that come from hands-on experience that enables an applicant to make a constructive contribution to the resolution of the issues in dispute in the litigation, and thus justifies its grant of public interest standing. In a word, the Sierra Club has no adequate track-record relevant to the issues in this case that gives it "a genuine interest" in the subject-matter of this litigation.

[62] The intervener and the respondents relied heavily on *Shiell v. Atomic Energy Control Board* (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 122 (F.C.T.D.) to demonstrate that the Sierra Club lacks a genuine interest. In that case, the applicant sought to set aside an amendment by the Atomic Energy Control Board of an operating licence held by Cameco Corp. enabling it to construct an expanded tailing management system in connection with the operation of its uranium mine and mill at Key Lake in Saskatchewan. The applicant, Ms. Shiell, had a long record of appearances at hearings held with respect to the development of uranium mining in Saskatchewan. Heald D.J. dismissed the application on the ground that the applicant lacked standing. He said (at page 127):

en soutenant que l'expérience réelle du Sierra Club, et de sa directrice exécutive, M<sup>me</sup> May, est considérablement plus limitée que le projet contesté en l'espèce, à savoir l'exportation de réacteurs nucléaires en Chine, leur financement et les activités susceptibles d'être menées au Canada dans l'exécution du contrat.

[60] L'intervenante et les défendeurs reconnaissent que le Sierra Club ou sa directrice exécutive ont participé activement à l'élaboration de la LCÉE et du Règlement sur le PÉEPREC, bien que la validité de ce Règlement ne semble plus être en litige en l'espèce. Ils notent aussi que le Sierra Club est membre d'une coalition vouée à l'élimination progressive du recours à l'énergie nucléaire et qu'il a pris position à l'égard, entre autres, de l'énergie nucléaire et de l'exportation de réacteurs.

[61] Mais, disent-ils, l'énoncé des objectifs généraux, des priorités et des intérêts ne saurait remplacer une intervention réelle dans le domaine des questions visées par l'instance. Ce sont les connaissances spécialisées, la compréhension et la perspective acquises par l'expérience pratique qui permettent à un demandeur de contribuer de manière constructive à la résolution des questions en litige dans une instance et qui justifient de lui reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. En un mot, les antécédents du Sierra Club ne sont ni assez pertinents aux questions que soulève l'espèce, ni suffisants pour lui conférer un «intérêt véritable» dans l'objet de cette demande.

[62] L'intervenante et les défendeurs se fondent en grande partie sur la décision prononcée dans l'affaire *Shiell c. Commission de contrôle de l'énergie atomique* (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) pour établir que le Sierra Club n'a pas d'intérêt véritable. Dans cette affaire, la requérante sollicitait l'annulation d'une modification que la Commission de contrôle de l'énergie atomique avait apportée à une licence d'exploitation détenue par Cameco Corp. et qui permettait à cette entreprise de construire un plus grand système de gestion des rebuts liés à l'exploitation de sa mine et de son usine de traitement d'uranium de Key Lake, en Saskatchewan. La requérante, M<sup>me</sup> Shiell, avait souvent participé à des audiences portant sur l'exploitation des mines d'uranium en

As in *Amok*, the applicant does not have a direct personal interest in these proceedings, and accordingly, the decision in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [[1986] 2 S.C.R. 607] has no relevance. She lives at Nipawin Saskatchewan, several hundred miles from the respondent's Key Lake operation. Her interest is neither direct nor personal. The decision a quo will not affect her in any way different from that felt by any other member of the general public.

[63] Let me make three points about this decision. First, with all respect, a requirement of a "direct personal interest" is not now the test required by the common law for public interest standing: "genuine interest" is significantly broader. "Direct personal interest" is much closer to the test used to determine whether a person has standing as of right, on the ground that the person's legal rights or interests are affected, or that the person has sustained harm that is different from that suffered by other members of the public.

[64] Second, the case of *Shiell v. Amok Ltd.* (1987), 27 Admin. L.R. 1 (Sask. Q.B.) on which Heald D.J. relied is distinguishable from the case at bar on the ground that, in that case, Barclay J. regarded the dispute as one that was essentially between two private individuals, and not as one involving an allegation of unlawful conduct by agencies of government. Barclay J. stated [at page 13]: "[p]ublic interest standing should not be conferred to enable a party to sue a private individual or a corporation." Accordingly, he applied the standing test applicable to the tort of public nuisance by asking whether the plaintiff had suffered special damage over and above that of the public at large.

[65] Third, *Shiell* is probably best understood as a case in which there were persons more directly affected than the plaintiff, because they lived much closer to the uranium mine. This case is therefore more relevant to the third element of the public interest standing test than to whether the plaintiff has a genuine interest.

Saskatchewan. Le juge suppléant Heald a rejeté sa demande parce qu'elle n'avait pas la qualité pour agir. Il a indiqué (à la page 127):

Comme dans la cause *Amok*, la requérante n'a pas un intérêt personnel direct dans la proposition en question; il s'ensuit que la jurisprudence *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [[1986] 2 R.C.S. 607] n'a pas d'application en l'espèce. Elle vit à Nipawin (Saskatchewan), à des centaines de milles de l'entreprise de Key Lake de l'intimée. Son intérêt n'est ni direct ni personnel. La décision en cause ne l'affecte pas plus qu'elle n'affecte le grand public.

[63] Je souhaiterais faire trois commentaires au sujet de cette décision. Premièrement je me permets d'indiquer, avec déférence, qu'un «intérêt personnel direct» n'est plus maintenant requis en common law pour agir dans l'intérêt public: l'intérêt véritable représente un critère considérablement plus étendu. Le critère de l'«intérêt personnel direct» se rapproche davantage du critère utilisé pour décider si une personne a la qualité pour agir de plein droit, parce que ses droits et intérêts juridiques sont touchés ou qu'elle a subi un préjudice distinct de celui des autres membres du public.

[64] Deuxièmement, l'affaire *Shiell v. Amok Ltd.* (1987), 27 Admin. L.R. 1 (B.R. Sask.) invoquée par le juge suppléant Heald se différencie de la présente espèce parce que, dans cette affaire, le juge Barclay a considéré qu'il s'agissait d'un litige opposant essentiellement deux particuliers et non d'un litige alléguant une conduite illégale de la part d'organismes gouvernementaux. Ce juge a déclaré [à la page 13] que [TRADUCTION] «la qualité pour agir dans l'intérêt public ne doit pas être reconnue pour permettre à une partie de poursuivre un particulier ou une société». Par conséquent, il a utilisé le critère de la qualité pour agir qui est applicable en matière de délit civil de nuisance en se demandant si le dommage particulier subi par la demanderesse était distinct de celui subi par le public en général.

[65] Troisièmement, il est probablement préférable d'interpréter la décision *Shiell* comme une affaire dans laquelle des personnes étaient plus directement touchées que la demanderesse, parce qu'elles vivaient beaucoup plus près de la mine d'uranium. Ainsi, cette décision se rapporte davantage au troisième élément de la qualité pour agir dans l'intérêt public qu'à la



[66] In support of its contention that the Sierra Club's level of involvement is sufficient to demonstrate that it has a genuine interest in the subject-matter of this litigation, its counsel relied upon *Sunshine Village Corp.*, *supra*, where the Canadian Parks and Wilderness Society (CPAWS) was granted standing to challenge the legality of a proposed development in Banff National Park, largely on the basis of the applicant's track record of general interest in preserving [at page 223] "the integrity of ecosystem in Canada's parks and wilderness areas." This seems to me quite similar to the facts of the present case.

[67] Also relevant here is *R v Secretary of State for Foreign Affairs, ex p World Development Movement Ltd*, [1995] 1 All ER 611 (Q.B.D.), where an English court granted standing to the applicant, a public interest group concerned with issues of overseas aid and development, to challenge the legality of funding by the respondent of the construction of a dam and hydro electric power station on the Pergau River in Malaysia. The applicant's members and supporters had engaged in lobbying and letter writing in connection with a variety of aid and development issues over the years; the applicant was also a member of a broader organization that brought together academics and campaigners interested in these issues.

[68] In my view, the intervener and respondents have not demonstrated that the Sierra Club lacks a genuine interest in the subject-matter of this litigation by virtue of its limited involvement with the export of nuclear reactors. Although the Sierra Club of Canada has only been in existence since 1992 it is able to draw upon the experience of affiliated organizations. The involvement of the Club and its Executive Director in the development and enforcement of the environmental assessment process in Canada, and in the applicability of that process to overseas projects, even though the validity of the POC Regulations may not

question de savoir si la demanderesse a un intérêt véritable.

[66] L'avocat du Sierra Club a invoqué l'arrêt *Sunshine Village Corp.*, précité, pour étayer sa prétention que les antécédents du Club sont suffisants pour établir qu'il possède un intérêt véritable dans l'objet du présent litige. Dans cet arrêt, la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (SPPSNC) s'est vu reconnaître la qualité pour contester la légalité d'un aménagement envisagé dans le parc national Banff, principalement en raison de ses antécédents dans la défense de l'intérêt général à la préservation de [à la page 223] «l'intégrité de l'écosystème dans les parcs et les réserves naturelles du Canada». Cette situation me paraît largement semblable aux faits du présent cas.

[67] Par ailleurs, l'affaire *R v Secretary of State for Foreign Affairs, ex p World Development Movement Ltd*, [1995] 1 All ER 611 (Q.B.D.), dans laquelle un tribunal anglais a reconnu au demandeur, un groupe d'intérêt public s'intéressant aux questions d'aide et de développement à l'étranger, la qualité pour contester la légalité du financement accordé par l'intimé à la construction d'un barrage et d'une centrale hydroélectrique sur la rivière Pergau en Malaisie, s'applique aussi. Au cours des ans, les membres et les partisans du demandeur avaient fait du lobbying et avaient écrit des lettres au sujet de diverses questions d'aide et de développement; le demandeur appartenait également à une plus grosse organisation réunissant des professeurs et des militants s'intéressant à ces questions.

[68] À mon avis, l'intervenante et les défendeurs n'ont pas réussi à établir que le Sierra Club est dépourvu d'un intérêt véritable dans l'objet du présent litige en raison de son expérience limitée en matière d'exportation de réacteurs nucléaires. Il est vrai que le Sierra Club du Canada n'existe que depuis 1992, mais il peut tirer des leçons de l'expérience provenant d'organismes liés. La participation du Club et de sa directrice exécutive à l'élaboration et l'application du processus d'évaluation environnementale au Canada, de même que l'applicabilité de ce processus aux projets réalisés à l'étranger, même si la validité du

be an issue in this litigation, indicates that it possesses the kind of general understanding that will be relevant to resolving the issues in dispute in this litigation. I am also satisfied that, given the absence of other opportunities for participating in the decision-making process, the letters written by Ms. May to Ministers expressing concern and requesting information about the export of the nuclear reactors to China, also suggest an involvement with the project that prevents the striking out of the application on the ground of lack of standing.

(c) Is there a more appropriate applicant?

[69] Even if an applicant raises a serious issue and has a genuine interest in the subject-matter of an application, as I have found that the applicant does in this case, public interest standing may still be denied if there are other individuals who are more directly affected than the applicant, and are reasonably likely to institute proceedings to challenge the administrative action in question.

[70] The rationale for this requirement is that, if such persons exist, it is unnecessary to afford standing to a public interest applicant in order to uphold the principle of the rule of law by ensuring that the legality of government action is not effectively insulated from judicial review. If rule of law considerations do not require the extension of standing to an applicant, then the public interests in enabling government to conduct public business without interference, protecting the resources committed to the administration of justice and avoiding further delay to other litigants will prevail. In addition, those most directly affected by administrative action are often in the best position to bring to the court the information necessary for an appropriate resolution of the dispute.

[71] A distinction is sometimes made in this context between “regulatory” and “declaratory” legislation. It

Règlement sur le PÉEPREC peut ne pas être en litige en l’espèce, montre qu’il possède le genre de compréhension générale susceptible d’aider à régler les questions en litige dans la présente instance. Je suis également convaincu qu’étant donné l’absence d’autres occasions de participer au processus de prise de décision, les lettres que M<sup>me</sup> May a adressées aux ministres pour leur faire part de ses préoccupations au sujet de l’exportation des réacteurs nucléaires en Chine et leur demander des renseignements laissent aussi supposer un intérêt dans le projet qui empêche de radier la demande pour absence de qualité pour agir.

(c) Y a-t-il un demandeur qui convienne davantage?

[69] Même si un demandeur soulève une question sérieuse et possède un intérêt véritable dans l’objet de la demande, comme j’ai conclu que c’était le cas pour le demandeur en l’espèce, il est encore possible de refuser la qualité pour agir dans l’intérêt public s’il existe d’autres personnes qui sont plus directement touchées que le demandeur et dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles engagent une procédure pour contester la mesure administrative en question.

[70] Cette exigence repose sur le raisonnement suivant: l’existence d’une telle personne rend inutile de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public au demandeur pour faire respecter le principe de la primauté du droit en s’assurant que la légalité de l’action gouvernementale n’est effectivement pas à l’abri d’un contrôle judiciaire. Si les considérations relatives à la primauté du droit n’exigent pas d’étendre la qualité pour agir à un demandeur, alors l’intérêt public qu’il y a à permettre au gouvernement de mener les affaires publiques sans ingérence, à protéger les ressources investies dans l’administration de la justice et à éviter des délais supplémentaires pour d’autres plaideurs l’emportera. De plus, les personnes qui sont le plus directement touchées par la mesure administrative sont souvent mieux placées pour présenter au tribunal les renseignements dont il a besoin pour trancher à bon escient.

[71] Dans ce contexte, une distinction est parfois faite entre une loi de «réglementation» et une loi

is generally easier for an applicant to obtain public interest standing when the administrative action in question has been taken pursuant to declaratory legislation because, by definition, it does not impose duties or liabilities upon defined individuals or groups. It thus tends to affect members of the public in a similar manner. In contrast, standing to challenge regulatory legislation or administrative action taken pursuant to it will normally only be afforded to those who are subject to the legal duties or liabilities imposed by it. Such persons are more directly affected than others, and there is consequently no need to extend public interest standing to persons who are not in these categories in order to ensure that issues of legality are subject to judicial review.

[72] In *Shiell v. Amok Ltd.*, *supra*, it was said that the provincial environmental assessment legislation considered in that case was regulatory in nature, and that therefore *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, *supra*, which involved declaratory legislation (the *Canada Assistance Plan* and Manitoba's social benefits legislation), did not apply. Thus, since environmental assessment legislation typically imposes obligations and liabilities on public authorities and proponents of projects subject to it, it would seem to follow that only they may challenge a failure by government to subject a project to an assessment in contravention of the Act.

[73] This surely cannot be right. If it were, it would mean that, for all practical purposes, governmental failure to require an environmental assessment when such an assessment is mandated by the legislation would be immune from judicial review for all intents and purposes. As understood today, the rule of law should be concerned to ensure that the legality of governmental inaction is as subject to challenge in the courts as are allegations of over-reaching by public officials.

«déclaratoire». Il est généralement plus facile pour un demandeur d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque la mesure administrative en question a été prise dans le cadre d'une loi déclaratoire parce que, par définition, une telle loi n'impose pas de devoirs ou d'obligation à des personnes ou des groupes bien définis. Ainsi, elle tend à toucher les membres du public en général de la même manière. En revanche, la qualité pour agir afin de contester une loi de réglementation ou une mesure administrative prise conformément à une telle loi ne sera reconnue, normalement, qu'aux personnes à qui cette loi impose des devoirs ou des obligations. De telles personnes sont plus directement touchées que les autres de sorte qu'il n'est pas nécessaire, pour s'assurer que la légalité est subordonnée à un contrôle judiciaire, d'étendre la qualité pour agir dans l'intérêt public à des personnes qui ne relèvent pas de ces catégories.

[72] Dans l'affaire *Shiell v. Amok Ltd.*, précitée, le tribunal a indiqué que l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, précité, portant sur une législation déclaratoire (le *Régime d'assistance publique du Canada* et la loi sur les prestations sociales du Manitoba) ne s'appliquait pas à cette affaire étant donné que la loi provinciale prévoyant l'évaluation environnementale était de nature réglementaire. Ainsi, il semble que, puisque la loi qui prévoit l'évaluation environnementale impose habituellement des devoirs et des obligations aux autorités publiques et aux promoteurs de projets qui y sont assujettis, ceux-ci seraient les seuls à pouvoir contester l'omission par le gouvernement de soumettre un projet à une évaluation, contrairement à la Loi.

[73] Cette thèse ne peut certainement pas être fondée. Si elle l'était, cela signifierait, à toutes fins pratiques, que le défaut du gouvernement d'exiger une évaluation environnementale lorsque la loi rend une telle mesure obligatoire serait à l'abri de contrôle judiciaire à tous égards. Telle qu'elle est comprise aujourd'hui, la règle de la primauté du droit consiste à s'assurer qu'il est possible de contester tant la légalité d'une inaction gouvernementale en justice que des allégations selon lesquelles des agents de l'État sont allés trop loin.

[74] In my opinion, the distinction between declaratory and regulatory legislation is simply one way of approaching the more fundamental question of whether there is a more appropriate person than the applicant to seek judicial review. This is made clear by one of the trilogy of cases that first permitted public interest standing and established the principles governing the courts' exercise of discretion. In *Nova Scotia Board of Censors v. Attorney General (N.S.)*, *supra*, the Supreme Court of Canada conferred public interest standing on a journalist to challenge the constitutionality of the provincial film censorship legislation, which was clearly regulatory in nature. The Court held that the "regulatees" whom the legislation made liable for non-compliance, namely, the movie theatre owners, were unlikely, as a matter of fact, to be willing themselves to institute legal proceedings.

[75] A more plausible variation of the argument based on the declaratory or regulatory nature of the legislation was advanced by the interveners and the respondents when they maintained that there would nearly always be persons who would be more directly affected than the Sierra Club by an allegedly unlawful failure to subject a project to an environmental assessment, namely, those who lived in the vicinity of the project or of the work associated with it. Accordingly, public interest standing is not required when litigation alleges a failure to comply with the statutory environmental protection provided by the CEEA and similar legislation. This seems to me the best explanation of the refusal of the Court to grant standing to the plaintiff in *Shiell v. Amok Ltd.*, *supra*.

[76] Applying this analysis to the facts of the case at bar, the intervener and the respondents maintained that residents of China living near the proposed site of the CANDU nuclear reactors, or those in states bordering China, would be more directly affected by the project than the applicant. It seems to me, however, that, in the absence of evidence to the contrary, such persons are unlikely to invoke the jurisdiction of this Court to

[74] J'estime que la distinction faite entre une loi de réglementation et une loi déclaratoire revient simplement à aborder la question plus fondamentale de savoir s'il existe une personne plus indiquée que le demandeur pour solliciter un contrôle judiciaire. C'est ce qui ressort clairement d'un des arrêts de la trilogie qui a reconnu pour la première fois la qualité pour agir dans l'intérêt public et qui a établi les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. Procureur général (N.-É.)*, précité, la Cour suprême du Canada a reconnu à un journaliste la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de contester la constitutionnalité d'une loi provinciale en matière de censure cinématographique, laquelle était manifestement de nature réglementaire. La Cour a statué que les particuliers visés par la réglementation qui étaient tenus responsables des inobservances, selon la loi, c'est-à-dire les propriétaires de cinémas, ne pouvaient guère, en réalité, souhaiter eux-mêmes engager les poursuites.

[75] L'intervenante et les défendeurs ont avancé une version plus plausible de l'argument fondé sur la nature déclaratoire ou réglementaire de la législation en soutenant qu'il y aurait presque toujours quelqu'un de plus directement touché que le Sierra Club par le défaut, qualifié d'illégal, de soumettre un projet à une évaluation environnementale: ceux qui vivent à proximité du projet ou des travaux associés à celui-ci. Par conséquent, la qualité pour agir dans l'intérêt public n'est pas requise en cas d'allégation du défaut de se conformer à des mesures de protection de l'environnement prescrites par la LCÉE et par une loi semblable. Il me semble que c'est la meilleure explication donnée au refus opposé par la Cour de reconnaître la qualité pour agir à la demanderesse dans l'affaire *Shiell v. Amok Ltd.*, précité.

[76] Appliquant cette analyse aux faits de la présente espèce, l'intervenante et les défendeurs ont fait valoir que les habitants de la Chine vivant près du site envisagé pour l'installation des réacteurs nucléaires CANDU ou les personnes demeurant dans les États limitrophes à la Chine sont plus directement touchés par le projet que le demandeur. J'estime, cependant, qu'en l'absence de preuve du contraire, il est peu

test the legality under Canadian law of the respondents' refusal to subject the projects to an environmental assessment review. Therefore, the existence of such persons is not sufficient to deny public interest standing to the applicant.

[77] The intervener and the respondents also stated that the export of the nuclear reactors would involve activities in Canada that would affect some individuals more directly than the Sierra Club. For example, the performance of the contract is likely to involve the mining of uranium in Canada, and those living in the locality of the mines would be more directly affected by the project than the applicant. It may also be necessary to produce and transport within Canada heavy water and other dangerous substances, and those living in the vicinity of the production sites, and of the railway track or roads along which they would be carried, would also be more affected than the applicant.

[78] Such persons seem to me to be in principle more plausible plaintiffs than the residents of China or neighbouring states. The difficulty, however, is that at this stage of the proceeding, a preliminary motion to strike the applicant's originating notice of motion, there are a lot of facts that are unknown, or at least that are not before the Court.

[79] There is no evidence, for example, about the location or scale of either the mining operations required for the construction and operation of the reactors, or of any necessary production or transportation arrangements. Nor do I know what opportunities there will be for members of the public who may be directly affected by the activities related to the project to be heard in some administrative proceedings before these activities can take place. Nor is it clear whether residents who had an opportunity to challenge the legality of the operation to which they are adjacent may also raise the more fundamental issue raised by the Sierra Club in its application for judicial review, namely whether the principal project should have been

probable que de telles personnes invoquent la compétence de la présente Cour pour vérifier la légalité, en droit canadien, du refus des intimés de soumettre les projets au processus d'évaluation environnementale. Par conséquent, l'existence de telles personnes ne suffit pas pour refuser au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[77] L'intervenante et les défendeurs ont aussi déclaré que l'exportation de réacteurs nucléaires comporterait, au Canada, des activités susceptibles de toucher plus directement d'autres personnes que le Sierra Club. Par exemple, l'exécution du contrat va probablement entraîner l'extraction minière d'uranium au Canada et les personnes qui vivent près de ces mines seraient plus directement touchées par le projet que le demandeur. En outre, il peut s'avérer nécessaire de produire et de transporter de l'eau lourde et d'autres substances dangereuses au Canada et les personnes qui vivent près des sites de production et des voies ferrées ou des routes par lesquelles ces produits seront acheminés, seraient aussi plus directement touchées que le demandeur.

[78] De telles personnes m'apparaissent comme étant, en principe, des demandeurs plus plausibles que les habitants de la Chine ou des États voisins. Toutefois, le problème vient de ce qu'à cette étape de l'instance, soit une requête préliminaire en radiation de l'avis de requête introductif d'instance, de nombreux faits restent inconnus de la Cour ou, à tout le moins, ne lui ont pas été présentés.

[79] Par exemple, aucun élément de preuve ne précise l'emplacement ou la taille des opérations minières requises par la construction et l'exploitation des réacteurs, ni quelles dispositions il faudra prendre en matière de production ou de transport. La Cour ignore aussi si les membres du public susceptibles d'être plus directement touchés par les activités liées au projet auront la possibilité de se faire entendre dans une instance administrative quelconque avant que ces activités puissent avoir lieu. Elle ne sait pas non plus si les résidents admis à contester la légalité d'une exploitation située près de chez eux pourront aussi aborder la question plus fondamentale soulevée par le Sierra Club dans sa demande de contrôle judiciaire, à

subjected to an environmental assessment review.

[80] The intervener and the respondents stressed in their submissions that the applicant bore the burden of proving that it satisfied each of the three elements of the public interest standing test. It is therefore incumbent on the applicant, they argued, to demonstrate that there is no reasonable possibility that there will be persons more directly affected than members of the public at large. On this view, the applicant must also establish that, even if they existed, such persons would be unlikely in fact to seek judicial review of the respondents' refusal to subject this project to an environmental assessment under the CEEA.

[81] The applicant purported to discharge this onus by maintaining that all other potential applicants for judicial review are time-barred, as *Giles A.S.P.* held, since the 30-day limitation period prescribed by subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* started to run from early in 1997 and has long expired. However, even if the Sierra Club is correct in its identification of the start and end of the limitation period, this Court always has a discretion to extend the time permitted for making an application for judicial review, and therefore it is not possible to say that, on the balance of probabilities, an application for judicial review brought by a person other than the present applicant would be dismissed as out of time.

[82] Equally important to my mind is whether the intervener and the respondents are correct to state that a public interest litigant for judicial review has the burden of establishing that there are no other persons with a better claim to standing who are likely to bring the matter to court. Moreover, even if the burden is normally on the applicant, it will still be necessary to consider whether this is also the case when an applicant's standing is challenged in a preliminary motion to strike.

savoir si le projet principal devrait être soumis au processus d'évaluation environnementale.

[80] L'intervenante et les défendeurs ont fait ressortir, dans leurs observations, que le demandeur avait le fardeau de prouver qu'il répondait à chacun des trois éléments du critère applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il incombe donc au demandeur, selon eux, de démontrer qu'il n'est pas raisonnablement possible qu'il existe des personnes plus directement touchées que les membres du public en général. Suivant ce point de vue, le demandeur devrait aussi établir que, même si ces personnes existent, il est peu vraisemblable qu'elles demandent effectivement le contrôle judiciaire du refus opposé par les intimés de soumettre ce projet à une évaluation environnementale prescrite par la LCÉE.

[81] Le demandeur a prétendu s'être acquitté de ce fardeau en indiquant que les autres personnes susceptibles de demander le contrôle judiciaire ne peuvent plus le faire étant donné que le protonotaire adjoint *Giles* a statué que le délai de prescription de trente jours imparti par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* commençait à courir dès le début de 1997 et qu'il était expiré depuis longtemps. Il y a lieu de faire remarquer, cependant, que, même si le Sierra Club avait correctement établi le point de départ et la fin du délai de prescription, la présente Cour possède toujours le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai imparti pour présenter une demande de contrôle judiciaire; ainsi, il est impossible d'affirmer, selon la prépondérance des probabilités, que toute demande de contrôle judiciaire formulée par une autre personne que le demandeur actuel serait rejetée au motif qu'elle n'a pas été présentée dans les délais.

[82] Il importe tout autant, selon moi, de se demander si l'intervenante et les défendeurs ont raison de prétendre qu'il incombe à une partie estant en justice dans l'intérêt public dans une instance de contrôle judiciaire d'établir qu'aucune autre personne, susceptible d'être mieux placée pour revendiquer la qualité pour agir, ne va vraisemblablement saisir la Cour de la question. En outre, même si on considère normalement que ce fardeau repose sur le demandeur, il y a lieu encore de se demander si c'est le cas lorsque la

[83] The case law is not all together clear on the main question. On the one hand, in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, Cory J. said (at page 252):

The granting of public interest standing is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant.

This passage would certainly suggest that the onus is on those opposing the grant of public interest standing to show that there are more appropriate litigants than the applicant.

[84] On the other hand, in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, supra*, Martland J. said (at page 598):

... to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

This proposition was repeated by Major J. writing for the majority in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at page 693; see also *Inshore Fishermen's Bonafide Defense Fund Association v. Canada* (1994), 132 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), at page 375. These cases seem equally clearly to place the burden of proof on the party seeking public interest standing by assigning to the applicant the difficult task of proving a negative, namely that there are no more appropriate litigants who are likely to litigate the issues raised by the applicant.

[85] No doubt the Supreme Court of Canada will resolve this inconsistency when the issue is next

qualité pour agir de celui-ci est contestée au cours d'une requête préliminaire en radiation.

[83] En ce qui a trait à la principale question, les précédents ne vont pas tous dans le même sens. D'un côté, le juge Cory a indiqué ce qui suit dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (à la page 252):

Il n'est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon la prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure.

Cet extrait donne certainement à penser qu'il incombe à ceux qui s'opposent à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public d'établir qu'il existe des personnes qui conviennent mieux que le demandeur pour contester la mesure.

[84] D'un autre côté, le juge Martland, dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, précité, a fait l'observation suivante (à la page 598):

[...] pour établir l'intérêt pour agir dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Cette idée a été reprise par le juge Major qui se prononçait au nom de la majorité dans l'affaire *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, à la page 693; voir aussi l'arrêt *Inshore Fishermen's Bonafide Defense Fund Association v. Canada* (1994), 132 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), à la page 375. Il semble aussi que ces précédents placent clairement le fardeau de la preuve sur la partie qui veut obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public en lui attribuant la tâche difficile de prouver une négation, à savoir qu'aucune partie mieux indiquée n'est susceptible de saisir la justice des questions que soulève le demandeur.

[85] Il ne fait aucun doute que la Cour suprême du Canada réglera cette contradiction dès qu'elle sera de

before it. Meanwhile, if the intervener and the respondents in this case had put the applicant's standing in issue as part of their response to the application itself, I would have held that, in accordance with the principle that a plaintiff or an applicant has the burden of proving every aspect of its claim, the applicant must satisfy the Court on the balance of probabilities that there are no more appropriate persons who are reasonably likely to litigate the issue in dispute.

[86] However, this is a motion to strike, and the moving party must prove that on the balance of probabilities the applicant has no fairly arguable case. Can the intervener and the respondents discharge this burden simply by inferring from the nature of the statutory scheme involved here, environmental assessment legislation, that there will inevitably be persons more directly affected than the applicants who will be willing to litigate the issues raised by the Sierra Club? They invoke in particular those living in the vicinity of the uranium mining and transportation operations in Canada that are likely to be associated with the fulfilment of the contract between AECL and the China National Nuclear Corporation.

[87] Although I regard the issue as a relatively close one, in all the circumstances of this case I am not prepared to infer from the nature of the applicable legislation that there will be more appropriate applicants willing to undertake the substantial task of mounting legal challenges of the same scope as the applicant.

[88] This is largely because I have no evidence before me about the nature and scale of the operations that will be undertaken in Canada in connection with the impugned project. Nor do I know whether those responsible for them will be required to clear regulatory hurdles that apply to that particular part of those activities (uranium mining, for example) and if so,

nouveau saisie de cette question. En attendant, si l'intervenante et les défendeurs en l'espèce avaient contesté la qualité pour agir du demandeur dans leur réponse à la demande elle-même, j'aurais statué, conformément au principe selon lequel un demandeur ou un requérant a le fardeau de prouver tous les aspects de sa demande, que le demandeur devait convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, qu'aucune personne plus convenable que lui n'est vraisemblablement susceptible de soumettre la question en litige à la cour.

[86] Toutefois, comme il s'agit d'une requête en radiation, il incombe au requérant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'a pas de cause raisonnablement défendable. L'intervenante et les défendeurs peuvent-ils s'acquitter de ce fardeau en supposant simplement, à partir de la nature du texte législatif concerné en l'espèce, soit une loi en matière d'évaluation environnementale, qu'il y aura inévitablement des personnes plus directement touchées que les demandeurs qui seront disposées à porter en justice les questions soulevées par le Sierra Club? Ils font plus particulièrement allusion aux personnes vivant à proximité des endroits où se dérouleront, au Canada, les activités d'extraction minière d'uranium et de transport qui sont vraisemblablement associées avec l'exécution du contrat conclu entre ÉACL et la Société nationale d'énergie nucléaire de la Chine.

[87] Même si j'estime que cette question est relativement pertinente, je ne suis pas disposé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, à déduire de la nature de la loi applicable qu'il y aura nécessairement des demandeurs convenant davantage qui seront prêts à relever le défi d'envergure qui consiste à intenter des poursuites ayant la même portée que celles engagées par le demandeur.

[88] Je suis de cet avis, surtout, parce que je n'ai aucune preuve de la nature et de l'importance des opérations qui seront entreprises au Canada en liaison avec le projet contesté. J'ignore également si les personnes chargées de ces opérations seront tenues de satisfaire à des normes réglementaires qui s'appliquent à cette partie particulière des activités (l'extraction



whether local residents will be able to challenge the sale and financing of the CANDU nuclear reactors, or only those associated activities that especially affect the particular individuals concerned.

[89] I am also influenced by the consideration that the law should minimize the encouragement that it gives to litigants to bring preliminary motions, often on incomplete information, which, if unsuccessful, create an undesirable multiplicity of proceedings, and add unduly to the expense of litigation and to the time taken to dispose of it.

[90] I conclude, therefore, that the moving parties have not established on the balance of probabilities that there are other reasonable and effective ways in which the subject-matter of the application for judicial review may be litigated. On the evidence before me, the application for judicial review cannot be struck out on the ground that it is unnecessary to confer public interest standing on the applicant in order to protect the rule of law.

#### E. CONCLUSION

[91] Accordingly, I dismiss with costs to the applicant, the Sierra Club of Canada, the motion appealing Giles A.S.P.'s dismissal of the motion to dismiss the Sierra Club's application for judicial review on the ground that the applicant lacks standing to institute the application.

minière d'uranium, par exemple) et, le cas échéant, si les résidents des régions visées seront en mesure de contester la vente et le financement des réacteurs nucléaires CANDU ou si les personnes concernées pourront seulement remettre en question les activités liées qui les toucheront plus particulièrement.

[89] Mon opinion repose également sur la nécessité que le système juridique encourage le moins possible les parties à présenter des requêtes préliminaires, souvent fondées sur des renseignements incomplets, qui, en cas d'échec, créent une multiplicité indésirable d'instances et ajoutent indûment aux dépenses reliées au litige et au temps qu'il faut y consacrer pour le résoudre.

[90] Par conséquent, je conclus que les requérants n'ont pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de saisir les tribunaux de l'objet de la demande de contrôle judiciaire. La preuve qui m'a été présentée ne justifie pas de radier la demande de contrôle judiciaire au motif qu'il n'est pas nécessaire, pour assurer la protection de la primauté du droit, de reconnaître au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public.

#### E. CONCLUSION

[91] Par conséquent, je rejette la requête interjetant appel de la décision du protonotaire adjoint Giles refusant d'accueillir la requête demandant le rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club pour absence de qualité pour agir de ce Club dans cette demande et j'adjuge les dépens au demandeur Sierra Club du Canada.

T-1373-97  
**Canada Post Corporation** (*Applicant*)

v.

**André Barrette** (*Respondent*)

and

**The Canadian Human Rights Commission**  
 (*Intervener*)

T-1373-97

T-1373-97  
**Société canadienne des postes** (*demanderesse*)

c.

**André Barrette** (*défendeur*)

et

**La Commission canadienne des droits de la per-  
 sonne** (*intervenante*)

T-1375-97  
**Canada Post Corporation** (*Applicant*)

v.

**Murray Nolan** (*Respondent*)

and

**The Canadian Human Rights Commission**  
 (*Intervener*)

T-1375-97

T-1375-97  
**Société canadienne des postes** (*demanderesse*)

c.

**Murray Nolan** (*défendeur*)

et

**La Commission canadienne des droits de la per-  
 sonne** (*intervenante*)

*INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. BARRETTE (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c.  
 BARRETTE (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Evans J.—Toronto, October 27 and  
 December 16, 1998.

Section de première instance, juge Evans—Toronto,  
 27 octobre et 16 décembre 1998.

*Administrative law — Judicial review — Decision of Canadian Human Rights Commission to investigate discrimination complaints — CHRC rejecting employer's request it exercise discretion under CHRA, s. 41(e) not to deal with complaint as out of time — Despite general reluctance to intervene before administrative process complete, Court may terminate Commission's investigation of complaint when benefits of determining question at this stage outweigh costs accompanying early judicial intervention — CHRA, s. 41 providing CHRC shall deal with any complaint filed unless, in respect of that complaint, it appears to Commission that it falls within one or more of 5 listed categories — Commission has prima facie duty to deal with complaint, discretion to deal with complaint to which one of paras. of s. 41 applies — CHRC must decide whether complaint within exception — Confirming court should not subject to close scrutiny CHRC's decision to deal with complaint — Since purpose of statutory scheme to reduce inequality, Court reluctant to conclude CHRC erred by taking too narrow view of exceptions — Closer judicial scrutiny justified if CHRC deciding not to deal with complaint, as normally final disposition of matter.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur des plaintes de discrimination — La CCDP a rejeté la demande de l'employeur l'invitant à exercer son pouvoir discrétionnaire accordé par l'art. 41e) de la LCDP de déclarer la plainte irrecevable parce qu'elle a été déposée après l'expiration du délai prescrit — Malgré la réticence générale à l'égard d'une intervention avant que la procédure administrative ait suivi son cours, la Cour peut mettre fin à l'enquête ouverte par la Commission lorsque les avantages d'une décision à cette étape l'emportent sur les coûts qui accompagnent une intervention judiciaire hâtive — Ainsi qu'il est prévu à l'art. 41 de la LCDP, la CCDP statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un ou plusieurs des cinq motifs énumérés dans cette disposition — La Commission a, à première vue, l'obligation de statuer sur une plainte et elle a le pouvoir discrétionnaire d'instruire une plainte visée par l'un des motifs d'irrecevabilité énumérés à l'art. 41 — Il appartient à la CCDP de décider si une plainte relève de l'un de ces motifs — Cela confirme que la Cour ne devrait pas scruter à la loupe la décision de la CCDP d'instruire*

*Human rights — Judicial review of CHRC's decision to investigate complaints of discrimination on ground of disability though out of time — CHRA, s. 41(e) providing CHRC shall deal with any complaint filed unless complaint based on acts, omissions, last of which occurring more than one year, or such longer period of time as CHRC considering appropriate in circumstances, before receipt of complaint — Respondent, Nolan, filing complaint 10 months outside one-year period that applies unless CHRC exercising discretion to extend — Court can only set aside CHRC's decision to proceed with complaint under s. 41(e) if satisfied CHRC manifestly refusing to exercise discretion, or exercise of discretion patently unreasonable — (1) (i) Investigator's report, on which CHRC based decision to proceed outside time limit, deficient as not covering issue of public interest in complaint as required in Compliance Manual — But failure to comply with non-statutory formal requirement not error of law — (ii) While neither CHRC's letter of decision nor s. 41 report providing positive rationale for exercise of s. 41(e) discretion, no statutory duty on CHRC to give reasons for proceeding in face of s. 41 objection; duty of fairness not imposing on CHRC duty to give complete statement of reasons for deciding to conduct investigation — CHRC neither erring in law nor abusing discretion when deciding to extend time by two months to enable it to deal with respondent, Barrette's, complaint — (2) CHRC's failure to refer to issue of whether should investigate complaint apparently made in bad faith, not leading to inference CHRC not considering it — Court should not impose stringent procedural standards on CHRC at this early stage — (3) As Nolan's complaint asserting discrimination on ground contained in CHRA, and limited facts before CHRC, its decision to proceed to investigation not patently unreasonable.*

*Estoppel — Whether doctrine of issue estoppel applies to prevent Canadian Human Rights Commission from investigating complaints already subject of unsuccessful grievance — S. 41(a) (exempting CHRC from requirement to deal with*

*une plainte — Comme ce texte législatif a pour objet de réduire les inégalités, la Cour hésite à conclure que la CCDP a commis une erreur en interprétant trop étroitement les exceptions — Un examen judiciaire attentif est justifié lorsque la CCDP décide de ne pas examiner une plainte, puisqu'il s'agit normalement d'une décision définitive.*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision de la CCDP d'enquêter sur des plaintes de discrimination fondée sur la déficience bien qu'elles aient été déposées après l'expiration du délai prescrit — En vertu de l'art. 41e) de la LCDP, la CCDP statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins que la plainte n'ait été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances — Le défendeur Nolan a déposé sa plainte dix mois après l'expiration du délai d'un an qui s'applique à moins que la CCDP n'exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder un délai supérieur — La Cour peut annuler une décision d'instruire une plainte en vertu de l'art. 41e) uniquement si elle est convaincue que la CCDP a visiblement refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était manifestement déraisonnable — 1) (i) Le rapport d'enquête sur lequel la CCDP a fondé sa décision d'instruire la plainte malgré l'expiration du délai prescrit comportait des lacunes parce qu'il ne prenait pas en considération la question de l'intérêt que la plainte revêt pour le public, ainsi que l'exige le Guide de mise en œuvre — Toutefois, l'inobservation d'une condition formelle non législative ne constitue pas une erreur de droit — (ii) Bien que ni le rapport relatif à l'art. 41 ni la lettre de décision de la CCDP n'expliquent pourquoi la CCDP a décidé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 41e), la CCDP n'est pas tenue par la loi d'exposer les motifs pour lesquels elle donne suite à une plainte en dépit d'une objection fondée sur l'art. 41, et l'obligation d'équité qui lui incombe ne l'oblige pas à fournir un exposé détaillé des motifs pour lesquels elle a décidé de mener une enquête — La CCDP n'a pas commis d'erreur de droit ni exercé abusivement son pouvoir discrétionnaire en décidant de proroger le délai de deux mois de façon à pouvoir statuer sur la plainte du défendeur Barrette — 2) On ne peut déduire du défaut de la CCDP de traiter la question de savoir si elle devrait enquêter sur une plainte apparemment entachée de mauvaise foi qu'elle ne l'a pas examinée — La Cour ne devrait pas imposer à cette première étape des normes procédurales rigoureuses à la CCDP — 3) Comme le défendeur Nolan invoquait dans sa plainte un motif de distinction illicite prévu par la LCDP et comme les faits soumis à la CCDP étaient limités, la décision de la CCDP de mener une enquête n'était pas manifestement déraisonnable.*

*Fin de non-recevoir — L'exception de chose jugée s'applique-t-elle de manière à empêcher la Commission canadienne des droits de la personne de mener une enquête sur des plaintes qui ont déjà été rejetées par des arbitres?*

*complaint where grievance, review procedures not exhausted) showing Parliament had in mind possibility of overlap between CHRC, grievance procedures, and gave CHRC discretion not to investigate until procedures exhausted — Would have expressly so stated had it intended to also give CHRC discretion not to investigate when procedures exhausted — Even assuming arbitrator's decision can estop CHRC from investigating, only possible to decide whether doctrine should apply after careful consideration of all circumstances — Cannot require CHRC at preliminary stage of investigation to engage in extensive investigation of facts, law to determine whether to apply doctrine of issue estoppel — Question should be addressed only after CHRC investigating complaint — CHRC may not refuse to investigate complaint on ground complainant pursued matter before labour arbitrator who decided grievance against complainant.*

This was an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision to investigate the respondents' complaints of discrimination on the grounds of disability.

While employed as a letter carrier, Nolan was convicted of indecent exposure in 1984 and 1990, and of exposing himself in a public place in 1995. Canada Post discharged him on February 17, 1995, on the ground that his behaviour was unacceptable. He grieved his discharge on the ground that he had been dismissed for off-duty misconduct that was irrelevant to his ability to do his job satisfactorily. An arbitrator denied his grievance on January 15, 1996. On October 17, 1996, Nolan filed a complaint alleging that in dismissing him Canada Post had discriminated against him on the basis of disability, in particular a psychological disorder manifested by a compulsion to expose himself and masturbate in public when under stress.

Barrette was unable to perform the duties of his supervisory position as a result of hypertension. He was transferred to another position, but lost his employment seniority with Canada Post. In December 1993, he grieved Canada Post's refusal to restore him to his previous supervisory position. Noting that Barrette had "practically dictated" the letter signed by his doctor stating that he was no longer suffering from a permanent disability, on June 10, 1996 an arbitrator dismissed his grievance. Barrette signed a complaint to the Commission on August 26, 1996, some 14

*— Il ressort de l'art. 41a) (qui soustrait la CCDP à l'obligation de statuer sur une plainte si les procédures d'appel ou de règlement des griefs n'ont pas été épuisées) que le législateur a songé à la possibilité d'un chevauchement entre la procédure de la CCDP et la procédure de règlement des griefs, et qu'il a accordé à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête tant que ce mécanisme de recours n'a pas été épuisé — S'il avait également voulu donner à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête une fois que ce mécanisme a été épuisé, il l'aurait dit expressément — Même en supposant que la décision d'un arbitre peut empêcher à jamais la CCDP de mener une enquête, c'est uniquement après un examen approfondi de toutes les circonstances qu'il sera possible de décider si l'exception de chose jugée devrait s'appliquer — On ne peut exiger de la CCDP qu'elle procède, à cette étape préliminaire, à l'enquête approfondie des faits et du droit afin de décider s'il convient d'appliquer l'exception de chose jugée — C'est une question qui devrait être examinée seulement après que la CCDP a enquêté sur la plainte — La CCDP ne peut pas refuser d'enquêter sur une plainte au motif que le plaignant a exercé un recours devant un arbitre en relations du travail, qui a rejeté son grief.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur les plaintes de discrimination fondée sur la déficience déposées par les défendeurs.

Pendant qu'il travaillait comme facteur, Nolan a été reconnu coupable d'exhibitionnisme en 1984 et en 1990 et d'exhibitionnisme dans un lieu public en 1995. Le 17 février 1995, Postes Canada l'a congédié au motif que sa conduite était inacceptable. Il a contesté son congédiement au moyen d'un grief qui reposait sur le fait qu'il avait été congédié en raison d'une inconduite en dehors des heures de travail qui était sans rapport avec sa capacité de fournir un bon rendement au travail. Un arbitre a rejeté son grief le 15 janvier 1996. Dans sa plainte déposée le 17 octobre 1996, Nolan a prétendu qu'en le congédiant, Postes Canada avait exercé contre lui une discrimination fondée sur la déficience; en particulier, il a invoqué un trouble psychologique qui se manifestait dans la compulsion à s'exposer et à se masturber en public lorsqu'il ressentait un stress.

Barrette ne pouvait pas remplir les fonctions de son poste de surveillant parce qu'il souffrait d'hypertension. Il a été muté mais a perdu son ancienneté à Postes Canada. En décembre 1993, il a contesté par voie de grief le refus de Postes Canada de le rétablir dans ses anciennes fonctions de surveillant. Notant que Barrette avait «pratiquement dicté» la lettre que son médecin a signée et dans laquelle il était mentionné que M. Barrette ne souffrait plus d'une incapacité permanente, un arbitre a rejeté son grief le 10 juin 1996. Barrette a signé une plainte à la Commission le 26 août

months after the last instance of alleged discrimination.

In each case, the Commission rejected a request by Canada Post that it exercise its discretion under *Canadian Human Rights Act*, section 41 not to deal with the complaint as out of time. Paragraph 41(e) exempts the Commission from the duty to investigate a complaint made more than a year after the last incident complained of, "or such longer period of time as the Commissioner considers appropriate in the circumstances".

The issues were: (1) whether it is appropriate for the Court to intervene in the administrative process before the Commission has even started its investigation thereby possibly culminating in an adjudication of the parties' rights; (2) whether the Commission failed to exercise according to law its discretion under paragraph 41(e) to investigate the complaints, even though they were filed more than a year after the last incidents of discrimination on which the complaints were based; (3) whether the Commission erred in law in proceeding to investigate Barrette's complaint, even though it was made in bad faith; (4) whether the Commission exceeded its jurisdiction by deciding to investigate Nolan's complaint, which was based on a ground of discrimination that is not prohibited by the Act, namely a criminal conviction; and (5) whether the Commission erred in law by failing to consider whether either of the complaints was barred by issue estoppel as a result of the arbitration awards.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Despite a general reluctance to intervene before completion of the administrative process, the Court may terminate the Commission's investigation of a complaint when the benefits of determining a question at this stage of the process, including saving the object of the complaint from unnecessarily having to mount a response to it, outweigh the costs that typically accompany early judicial intervention. The Commission has a *prima facie* duty to deal with a complaint, and a discretion to deal with a complaint to which one of the paragraphs of section 41 applies, and whether a complaint falls within one of those exceptions is left to the Commission to decide. This confirms that the Court should not subject to close scrutiny the Commission's decision to deal with a complaint.

Section 41 was drafted so as to leave many issues to the discretion of the Commission: this is incompatible with the notion that it should be interpreted as if it created a legal right in employers and others against whom complaints are

1996, soit quatorze mois après le dernier acte discriminatoire qui aurait été commis.

Dans chacun des litiges, la Commission a rejeté la demande par laquelle Postes Canada l'invitait à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article 41 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de déclarer la plainte irrecevable parce qu'elle a été déposée après l'expiration du délai prescrit. L'alinéa 41e) soustrait la Commission à l'obligation d'enquêter sur une plainte qui a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, «ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances».

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) Une intervention judiciaire, avant même l'ouverture d'une enquête par la Commission, dans la procédure administrative qui peut déboucher sur le prononcé d'une décision sur les droits des parties, est-elle opportune? 2) La Commission a-t-elle omis d'exercer en conformité avec la loi le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41e) d'enquêter sur les plaintes, même si elles ont été déposées plus d'un an après la perpétration des derniers actes discriminatoires sur lesquels elles étaient fondées? 3) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en décidant d'enquêter sur la plainte de M. Barrette, même si elle était entachée de mauvaise foi? 4) La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en décidant d'enquêter sur la plainte de M. Nolan, qui était fondée sur un motif de distinction illicite que n'interdisait pas la Loi, soit une déclaration de culpabilité au criminel? 5) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si l'exception de chose jugée rendait les plaintes irrecevables du fait des sentences arbitrales?

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Malgré une réticence générale à l'égard d'une intervention avant que la procédure administrative ait suivi son cours, la Cour peut mettre fin à l'enquête ouverte par la Commission lorsque les avantages d'une décision à cette étape-ci de la procédure, notamment empêcher que l'objet de la plainte fasse l'objet d'une contestation inutile, l'emportent sur les coûts qui accompagnent habituellement une intervention judiciaire hâtive. La Commission a, à première vue, l'obligation de statuer sur une plainte, elle a le pouvoir discrétionnaire d'instruire une plainte visée par l'un des motifs d'irrecevabilité énumérés à l'article 41, et il lui appartient de décider si une plainte relève de l'un de ces motifs. Cela confirme que la Cour ne devrait pas scruter à la loupe la décision de la Commission d'instruire une plainte.

La rédaction de l'article 41 est telle que de nombreuses questions sont laissées à la discrétion de la Commission: cette faculté est incompatible avec l'idée qu'on devrait interpréter cette disposition comme si elle accordait le droit

made not to be investigated in specified circumstances. The Commission still has a discretion to deal with the complaint if it so chooses. While individuals against whom complaints are made undoubtedly benefit from the existence of the exceptions in section 41, the exceptions may also be regarded as inserted to enable the Commission to allocate its limited resources in an appropriate manner. Moreover, since the purpose of the statutory scheme is to reduce inequality, and accordingly has been said to possess a quasi-constitutional status, a court should be reluctant to conclude that the Commission has erred by taking too narrow a view of the exceptions to its statutory duty to deal with complaints of discrimination. On the other hand, it is arguable that closer judicial scrutiny is justified when the Commission decides not to deal with a complaint, which will normally be a final disposition of the matter.

(2) Given that the purpose of the Act is to advance the value of equality, the Court should set aside a decision by the Commission to proceed with a complaint under paragraph 41(e) only if satisfied that the Commission manifestly refused to exercise its discretion, or the exercise of its discretion was patently unreasonable.

(i) Canada Post argued that the investigator's report, on which the Commission based the decision to proceed outside the one-year time limit with respect to Nolan's complaint, was deficient because it did not address all three issues that the Compliance Manual, a non-statutory document issued by the Commission in 1994, provides must be considered when the discretion to extend the time limit is being exercised: prejudice to the respondent caused by the delay, length of the delay and any explanation for it, and the public interest in the complaint itself. The investigator's report was silent as to the public interest in the complaint itself. This deficiency did not, however, constitute an error of law that would justify judicial intervention. Even if the Manual were issued under a statutory power, non-compliance with a formal requirement specifying the matters that must be covered in an investigator's section 41 report would not necessarily invalidate the subsequent decision of the Commission to investigate a complaint. Since the report "covers" two of the three factors identified in the Manual, it contains enough to amount to substantial compliance, especially given the preliminary nature of the report, and the fact that the employer will have an opportunity to make further submissions to the Commission before it decides whether or not to proceed with the complaint. A failure to comply with a non-statutory formal requirement of this nature much less constitutes an error of law. Canada Post's submission to the Commission after it received the section 41 report did not specify how it would be prejudiced by an extension of time. It could not now attack the decision on the ground that it suffered a prejudice that it did not mention to the Commission.

aux employeurs et autres mis en cause de ne pas faire l'objet d'une enquête dans des circonstances précises. La Commission peut quand même instruire la plainte si elle le veut. Bien que les mis en cause soient sans aucun doute avantagés par l'existence des motifs énumérés à l'article 41, on peut également considérer que ces motifs ont été édictés pour permettre à la Commission de répartir efficacement ses ressources limitées. De plus, comme ce texte législatif a pour objet de réduire les inégalités, d'où sa qualification de texte quasi constitutionnel, une cour de justice devrait hésiter à conclure que la Commission a commis une erreur en interprétant trop étroitement les exceptions à l'obligation que lui impose la loi d'instruire les plaintes de discrimination. Par contre, il est discutable qu'un examen judiciaire attentif soit justifié lorsque la Commission décide de ne pas examiner une plainte, puisqu'il s'agit normalement d'une décision définitive.

2) Comme l'objet de la Loi est de promouvoir l'égalité, la Cour devrait annuler une décision d'instruire une plainte en vertu de l'alinéa 41e) uniquement si elle est convaincue que la Commission a visiblement refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était manifestement déraisonnable.

(i) Postes Canada a soutenu que le rapport d'enquête, sur lequel la Commission a fondé sa décision d'instruire la plainte de M. Nolan malgré l'expiration du délai d'un an, comportait des lacunes parce qu'il ne traitait pas les trois questions qui, d'après le Guide de mise en œuvre, document non législatif rendu public par la Commission en 1994, doivent être prises en considération lorsqu'est exercé le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai imparti, à savoir le préjudice occasionné au mis en cause par le dépôt tardif, l'importance du retard et les explications avancées, et l'intérêt que la plainte elle-même revêt pour le public. Le rapport d'enquête était silencieux sur l'intérêt que la plainte elle-même revêt pour le public. Toutefois, cette lacune ne constitue pas une erreur de droit qui justifie l'intervention de la Cour. Même si le Guide avait été rendu public en vertu d'un pouvoir conféré par la loi, l'inobservation d'une condition formelle précisant les questions qui doivent être traitées dans un rapport d'enquête relatif à l'article 41 n'invaliderait pas forcément la décision subséquente de la Commission d'enquêter sur la plainte. Comme le rapport «porte» sur deux des trois facteurs mentionnés dans le Guide, c'est suffisant pour conclure à un respect en substance, surtout compte tenu de la nature préliminaire du rapport et du fait que l'employeur aura la possibilité de présenter d'autres observations à la Commission avant qu'elle ne se prononce sur l'opportunité de donner suite à la plainte. L'inobservation d'une condition formelle non législative de cette nature constitue encore moins une erreur de droit. Les observations que Postes Canada a soumises à la Commission après avoir reçu le rapport relatif à l'article 41 ne précisaient pas en quoi Postes Canada serait lésée par une prorogation de délai. Postes Canada ne peut pas contester maintenant cette décision au motif qu'elle a subi un préjudice dont elle n'a pas fait état à la Commission.

(ii) While neither the section 41 report nor the Commission's letter of decision provided a positive rationale for the Commission's exercise of discretion concerning Nolan under paragraph 41(e), there is no statutory duty on the Commission to give reasons for proceeding in the face of a section 41 objection, and the duty of fairness does not impose on the Commission a duty to give a complete statement of its reasons for deciding simply to conduct an investigation. In reviewing an exercise of discretion by the Commission, especially at this preliminary stage, the Court's role is very circumscribed. The Commission did not overlook matters so crucial to the decision that it should be set aside as erroneous in law.

For the above reasons, the Commission did not err in law or abuse its discretion when it decided to extend the time by two months to enable it to deal with Barrette's complaint.

(3) It could not be inferred from the Commission's failure to refer to the issue of bad faith in its letter that the Commission did not consider it, especially when the letter expressly stated that the Commission had taken into consideration the letter from Canada Post containing its submissions. For the Court to impose stringent procedural standards on the Commission, and to subject to close scrutiny the Commission's decisions at the section 41 or screening stage of the process, would unduly hamper the Commission's ability to discharge its statutory mandate expeditiously and effectively.

(4) The Commission had not investigated the circumstances of Nolan's dismissal; establishing the ground on which his employment was terminated raised questions of fact and law upon which it would be inappropriate to rule at this preliminary stage of the administrative process. Given that Nolan's complaint asserted discrimination on a ground contained in the *Canadian Human Rights Act*, and that there were very limited facts before the Commission, the Commission's decision to proceed to an investigation was not patently unreasonable. Nor was the Commission's failure to deal with Canada Post's submission on this issue fatal to the validity of its decision to deal with the complaint.

(5) The determination of human rights is tangential to the general jurisdiction of labour arbitrators over disputes arising from the collective agreement whereas the investigation and adjudication of complaints of discrimination is at the very core of the mandate of the human rights tribunals created by statute. Because of the public responsibilities conferred by legislatures on the statutory decision makers and the purpose-designed decision-making process, there has been considerable reluctance to apply the doctrine of issue estoppel to the adjudication of human rights complaints by

(ii) Bien que ni le rapport relatif à l'article 41 ni la lettre de décision de la Commission n'expliquent pourquoi, dans le cas de M. Nolan, la Commission a décidé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41e), la Commission n'est pas tenue par la loi d'exposer les motifs pour lesquels elle donne suite à une plainte en dépit d'une objection fondée sur l'article 41, et l'obligation d'équité ne fait pas en sorte que la Commission doit fournir un exposé détaillé des motifs pour lesquels elle a simplement décidé de mener une enquête. La Cour a un rôle très limité dans le cadre du contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Commission, surtout à cette étape préliminaire. La Commission n'a pas tenu aucun compte de facteurs tellement importants que cette décision devrait être annulée au motif qu'elle est mal fondée en droit.

Pour les motifs qui précèdent, la Commission n'a pas commis d'erreur de droit ni exercé abusivement son pouvoir discrétionnaire en décidant de proroger le délai de deux mois de façon à pouvoir statuer sur la plainte de M. Barrette.

3) On ne pourrait déduire du défaut de la Commission de traiter la question de la mauvaise foi dans sa lettre que la Commission ne l'a pas examinée, surtout que celle-ci mentionne expressément dans cette lettre qu'elle a pris en considération la lettre dans laquelle Postes Canada exposait ses observations. Le fait pour la Cour d'imposer des normes procédurales rigoureuses à la Commission et d'examiner à la loupe ses décisions à l'étape prévue à l'article 41 ou à l'étape de la sélection aurait pour effet de nuire indûment à la capacité de la Commission de réaliser avec rapidité et efficacité son mandat d'origine législative.

4) La Commission n'a pas mené d'enquête sur les circonstances du congédiement de M. Nolan; prouver le motif du congédiement soulève des questions de fait et de droit sur lesquelles il serait tout à fait inopportun que la Cour se prononce à cette étape préliminaire de la procédure administrative. Comme M. Nolan invoquait dans sa plainte un motif de distinction illicite prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et comme les faits soumis à la Commission étaient très limités, la décision de la Commission de mener une enquête n'était pas manifestement déraisonnable. De plus, le défaut de la Commission d'examiner l'observation de Postes Canada sur ce point n'invalide pas sa décision de statuer sur la plainte.

5) Le pouvoir de statuer sur des questions en matière de droits de la personne est accessoire à la compétence générale des arbitres en relations du travail à l'égard de différends régis par une convention collective, alors que la tenue d'une enquête sur une plainte de discrimination et le prononcé d'une décision à cet égard sont au cœur même du mandat des tribunaux des droits de la personne créés par la loi. En raison des responsabilités publiques conférées par les législatures aux décideurs nommés par la loi et du processus décisionnel axé sur l'objet, on hésite beaucoup à appliquer

the specialist tribunals. The case for applying the doctrine of issue estoppel at the section 41 stage, before the Commission has investigated the complaint seems even weaker. Paragraph 41(a) shows that Parliament had in mind the possibility of overlap between the Commission and grievance procedures available to the complainant, and gave to the Commission a discretion not to investigate if the complainant had not exhausted them. If it had intended also to give the Commission a discretion not to investigate when those procedures had been exhausted, it would have said so, rather than leaving the issue to be dealt with under the general jurisdiction clause in paragraph 41(c). Second, on the assumption that a decision of an arbitrator can ever estop the Commission or the Tribunal from reinvestigating, it will only be possible to decide whether the doctrine should apply in a given case after a careful consideration of all the circumstances, including: the jurisdiction of the arbitrator and the remedies available; the adequacy of the investigation and representation by the union and the possible existence of labour relations considerations that are extraneous to the statutory investigation and adjudication of human rights complaints; and the identity of the issues and the parties. Section 41 is intended to enable the Commission to screen out cases that are obviously unmeritorious on their facts or in law, or should not otherwise be dealt with at that time. It would be both unduly burdensome and productive of unnecessary delay to require the Commission to engage, at this preliminary stage of the process, in the extensive investigation and assessment of issues of fact and law that might be necessary before it could determine whether to apply the doctrine of issue estoppel. This question should be addressed only if the Commission has investigated the complaint, when "having regard to all the circumstances of the complaint" pursuant to subparagraphs 44(3)(a)(i) and (b)(i), it may decide either to request an adjudication by the Tribunal when warranted, or to dismiss the complaint.

It would be particularly inappropriate to require the Commission to consider the application of issue estoppel to Nolan who did not grieve his dismissal on the ground of discrimination by virtue of a disability, because this would raise yet another range of issues, such as why he did not rely on disability before the arbitrator, and whether it was reasonable for him not to have done so.

l'exception de chose jugée au règlement des plaintes en matière de droits de la personne par des tribunaux spécialisés. L'argument voulant qu'on applique l'exception de chose jugée à l'étape de l'article 41, avant l'ouverture de l'enquête, semble encore moins convaincant. Il ressort de l'alinéa 41(a) que le législateur a songé à la possibilité d'un chevauchement entre la procédure de la Commission et la procédure de règlement des griefs ouverte au plaignant, et qu'il a accordé à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête si le plaignant n'a pas épuisé ce mécanisme de recours. S'il avait également voulu donner à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête une fois que ce mécanisme a été épuisé, il l'aurait dit, au lieu de laisser la Commission se prononcer sur cette question en vertu de la disposition relative à la compétence générale prévue à l'alinéa 41(c). Deuxièmement, en ce qui concerne l'hypothèse selon laquelle la décision d'un arbitre peut empêcher à jamais la Commission ou le tribunal de mener une nouvelle enquête, c'est uniquement après un examen approfondi de toutes les circonstances qu'il sera possible de décider si l'exception de chose jugée devrait s'appliquer dans un cas donné. Parmi les questions à examiner, il y aurait la compétence de l'arbitre et les recours qui peuvent être exercés; la suffisance de l'enquête et la représentation par le syndicat et l'existence possible de considérations en matière de relations du travail qui sont étrangères à l'enquête prévue par la loi et au règlement des plaintes en matière de droits de la personne; et l'identité des questions en litige et des parties. L'article 41 vise à permettre à la Commission d'écarter les plaintes qui sont manifestement mal fondées quant aux faits ou en droit, ou sur lesquelles elle ne devrait normalement pas statuer à cette étape-là. Il serait à la fois indûment lourd et générateur de retards inutiles d'exiger de la Commission qu'elle procède à cette étape préliminaire de la procédure à l'enquête approfondie et à l'évaluation des questions de fait et de droit qui pourraient être nécessaires avant qu'elle soit en mesure de décider s'il convient d'appliquer l'exception de chose jugée. Cette question devrait être examinée seulement si la Commission a enquêté sur la plainte, lorsque, «compte tenu des circonstances relatives à la plainte», ainsi qu'il est prévu aux sous-alinéas 44(3)a)(i) et b)(i), elle peut décider soit de renvoyer la plainte au tribunal si ce renvoi est justifié, soit de rejeter la plainte.

Il serait particulièrement inapproprié d'exiger de la Commission qu'elle envisage d'appliquer l'exception de chose jugée à M. Nolan, qui n'a pas fait valoir devant l'arbitre qu'il avait été congédié pour un motif de distinction illicite, soit la déficience, parce que cela soulèverait encore une autre série de questions comme la raison pour laquelle il n'a pas invoqué la déficience devant l'arbitre et s'il était raisonnable de ne pas l'avoir fait.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 22(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), (2).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*,



*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 Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 7, 41, 44(3)(a)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), (b)(i) (as am. *idem*).

*Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

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. 22(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), (2).

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 7, 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34), 44(3)(a)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), b)(i) (mod., *idem*).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.

*Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*British Columbia v. Tozer*, [1998] B.C.J. No. 2594 (S.C.) (QL); *Canada Post Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1997), 130 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Boudreault v. Canada (Attorney General)* (1995), 99 F.T.R. 293 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; 112 D.L.R. (4th) 683; 1 C.C.E.L. (2d) 161; 94 CLLC 14,024; 68 O.A.C. 284 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251; 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Charlebois v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission)*, [1998] F.C.J. No. 1335 (T.D.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.);

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*British Columbia v. Tozer*, [1998] B.C.J. n° 2594 (C.S.) (QL); *Société canadienne des postes c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1997), 130 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boudreault c. Canada (Procureur général)* (1995), 99 F.T.R. 293 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; 112 D.L.R. (4th) 683; 1 C.C.E.L. (2d) 161; 94 CLLC 14,024; 68 O.A.C. 284 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251; 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Charlebois c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (re Commission de transport régional d'Ottawa-Carleton)*, [1998] F.C.J. n° 1335 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574; (1994), 73 F.T.R. 161

*Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3; (1996), 134 D.L.R. (4th) 1; 39 Admin. L.R. (2d) 1; 196 N.R. 212.

(1<sup>re</sup> inst.); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3; (1996), 134 D.L.R. (4th) 1; 39 Admin. L.R. (2d) 1; 196 N.R. 212.

#### AUTHORS CITED

Abramsky, R. H. "The Problem of Multiple Proceedings: An Arbitrator's Perspective" in *Labour Arbitration Yearbook* 1996-97, 45.

Adell, Bernard. "The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation" (1993), 1 *Can. Lab. Law J.* 46.

APPLICATION for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision to investigate complaints of discrimination on the ground of disability even though arbitrators had dismissed both complaints, and the complaints were out of time. Application dismissed.

#### APPEARANCES:

*Paula M. Rusak* for applicant.  
*Odette Lalumière* for intervener.  
 André Barrette on his own behalf.  
 Murray Nolan on his own behalf.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Matthews, Dinsdale & Clark*, Toronto, for applicant.  
*Canadian Human Rights Commission, Legal Counsel*, Ottawa, for intervener.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

EVANS J.:

#### A. Introduction

[1] This is an application for judicial review by Canada Post Corporation (hereinafter Canada Post) under section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5) for an order setting aside a decision by the Canadian Human Rights Commission (hereinafter the Commission) to investigate complaints of discrimination by

#### DOCTRINE

Abramsky, R. H. «The Problem of Multiple Proceedings: An Arbitrator's Perspective» in *Labour Arbitration Yearbook* 1996-97, 45.

Adell, Bernard. «The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation» (1993), 1 *Can. Lab. Law J.* 46.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur deux plaintes de discrimination fondée sur la déficience bien que des arbitres les aient rejetées et qu'elles aient été déposées après l'expiration du délai prescrit. Demande rejetée.

#### ONT COMPARU:

*Paula M. Rusak* pour la demanderesse.  
*Odette Lalumière* pour l'intervenante.  
 André Barrette en son nom personnel.  
 Murray Nolan en son nom personnel.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Matthews, Dinsdale & Clark*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Commission canadienne des droits de la personne, Avocate*, Ottawa, pour l'intervenante.

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

LE JUGE EVANS:

#### A. Introduction

[1] La présente demande de contrôle judiciaire est présentée par la Société canadienne des postes (ci-après Postes Canada) en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5) et vise à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après la

Mr. André Barrette, an employee of Canada Post, and Mr. Murray Nolan, a former employee (file nos. T-1373-97 and T-1375-97 respectively). The complainants, who are the respondents in this application, allege that Canada Post has discriminated against them on the ground of disability contrary to section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended) (hereinafter the CHRA).

[2] The Commission was granted leave to intervene in both cases by an order of Tremblay-Lamer J. dated October 20, 1997 for the purpose of explaining the Commission's jurisdiction to deal with the complaints and the records before the Commission when it made its decisions.

[3] While these applications for judicial review relate to different incidents and are factually distinct, they also raise some similar legal issues. Accordingly, the applications were joined as a result of an order of Richard J. (as he then was) dated May 1, 1998.

## B. Factual Background

### (i) Murray Nolan's complaint

[4] Mr. Nolan began his employment with Canada Post in 1976 as a letter carrier. He was convicted of indecent exposure in 1984 and received an absolute discharge. He was convicted on two counts of indecent exposure in 1990, and was sentenced to three months in jail and placed on probation for two years.

[5] Following his conviction in 1990, Canada Post advised Mr. Nolan that his employment as a letter carrier with Canada Post was terminated effective April 10, 1990. The termination letter stated that:

... on April 10, 1990, you were sentenced to two concurrent periods of imprisonment of three months each, the sentences were imposed following your plea of guilty to indecently exposing yourself to very young females in the Saint John area on February 15 and 18, 1990. As a result of your criminal act the Corporation has determined that your employment is terminated effective April 10, 1990. This

Commission) d'enquêter sur les plaintes de discrimination déposées par M. André Barrette, un employé de Postes Canada, et M. Murray Nolan, un ancien employé (dossiers n<sup>os</sup> T-1373-97 et T-1375-97 respectivement). Les plaignants, qui sont les défendeurs à l'instance, soutiennent que Postes Canada a exercé contre eux une discrimination fondée sur la déficience en violation de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (modifiée) (ci-après la LCDP).

[2] Par une ordonnance rendue le 20 octobre 1997, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a autorisé la Commission à intervenir dans les deux affaires afin d'expliquer quelle était sa compétence et quels étaient les documents en sa possession lorsqu'elle a pris les décisions.

[3] Bien que les présentes demandes de contrôle judiciaire ne se rapportent pas aux mêmes événements et soient factuellement distinctes, elles soulèvent des questions juridiques similaires. Par conséquent, elles ont été réunies par une ordonnance rendue par le juge Richard (alors juge puiné) le 1<sup>er</sup> mai 1998.

## B. Le contexte

### (i) La plainte de Murray Nolan

[4] M. Nolan a commencé à travailler comme facteur pour Postes Canada en 1976. Il a été reconnu coupable d'exhibitionnisme en 1984 et a obtenu une absolution inconditionnelle. Il a été reconnu coupable relativement à deux chefs d'exhibitionnisme en 1990, et il a été condamné à trois mois de prison et mis en probation pendant deux ans.

[5] Postes Canada a avisé M. Nolan, après sa déclaration de culpabilité en 1990, qu'elle avait mis fin à son emploi de facteur le 10 avril 1990. La lettre de cessation d'emploi précisait:

[TRADUCTION] [...] le 10 avril 1990, vous avez été condamné à deux peines d'emprisonnement concurrentes de trois mois chacune. Ces sentences vous ont été imposées après que vous avez reconnu votre culpabilité à des infractions d'exhibitionnisme commises envers de très jeunes femmes dans la région de Saint-Jean les 15 et 18 février 1990. En conséquence de votre conduite criminelle, la

action is taken to protect the Corporation, its employees and customers.

[6] On November 12, 1991, Mr. Nolan was convicted of violating a term of his probation order by being alone in a car, a situation that for Mr. Nolan correlated to exhibitionism.

[7] Mr. Nolan grieved the termination of his employment under the collective agreement. In a decision dated January 14, 1992, the arbitrator substituted for the termination a suspension without pay or benefits for one year effective from June 9, 1990, and ordered that he be reinstated as a letter carrier position effective June 10, 1991.

[8] On February 6, 1995 Mr. Nolan was again convicted of exposing himself in a public place. In a letter dated February 17, 1995 Canada Post informed Mr. Nolan that he was discharged, on the ground that his behaviour was unacceptable, even though the act for which he was convicted occurred outside the work environment; Canada Post stated that it was concerned with its reputation in the community.

[9] CUPW, the union representing Mr. Nolan, filed a grievance on March 15, 1995 alleging that he had been dismissed in breach of the collective agreement. In a decision, dated January 15, 1996, an arbitrator found that, although committed off-duty, Mr. Nolan's conduct and the ensuing conviction would detrimentally affect the legitimate interests of Canada Post and would adversely affect his ability to continue in the workplace. The arbitrator also found that there was no evidence before him indicating that Mr. Nolan was unlikely to repeat his behaviour. Consequently, the arbitrator denied the grievance and upheld Canada Post's decision to discharge Mr. Nolan.

[10] On receipt of this decision, Mr. Nolan complained to the Commission that, in dismissing him,

Société a décidé de mettre fin à votre emploi le 10 avril 1990. Cette mesure est prise pour protéger la Société, ses employés et ses clients.

[6] Le 12 novembre 1991, M. Nolan a été reconnu coupable d'avoir violé une condition de son ordonnance de probation en se trouvant seul dans une voiture, situation qui s'apparentait à de l'exhibitionnisme pour M. Nolan.

[7] M. Nolan a contesté sa cessation d'emploi au moyen d'un grief déposé en vertu de la convention collective. Dans une décision en date du 14 janvier 1992, l'arbitre a remplacé la cessation d'emploi par une suspension sans traitement ni avantages sociaux pendant une période d'un an commençant le 9 juin 1990, et il a ordonné que M. Nolan soit rétabli dans ses fonctions de facteur le 10 juin 1991.

[8] Le 6 février 1995, M. Nolan a de nouveau été reconnu coupable d'exhibitionnisme dans un lieu public. Par voie de lettre en date du 17 février 1995, Postes Canada a avisé M. Nolan qu'il était congédié au motif que sa conduite était inacceptable, même si l'infraction dont il s'était rendu coupable avait été commise ailleurs qu'au travail. Postes Canada a déclaré qu'elle se souciait de sa réputation au sein de la collectivité.

[9] Le 15 mars 1995, le Syndicat des postiers du Canada (SPC), qui représentait M. Nolan, a déposé un grief dans lequel il était reproché à Postes Canada d'avoir congédié M. Nolan en violation de la convention collective. Dans une décision datée du 15 janvier 1996, un arbitre a conclu que même si M. Nolan avait commis l'infraction reprochée en dehors des heures de travail, sa conduite et la déclaration de culpabilité prononcée contre lui nuiraient aux intérêts légitimes de Postes Canada et à la capacité de M. Nolan de continuer de travailler. L'arbitre a également conclu qu'il n'avait été saisi d'aucun élément de preuve lui permettant de conclure qu'il y avait peu de chances que M. Nolan récidive. Par conséquent, l'arbitre a rejeté le grief et confirmé la décision de Postes Canada de congédier M. Nolan.

[10] Sur réception de cette décision, M. Nolan s'est plaint auprès de la Commission qu'en le congédiant,

Canada Post had discriminated against him on the basis of disability contrary to section 7 of the CHRA. In particular, he alleged that the conduct that had given rise to the convictions was the result of a psychological disorder which, in his case, manifested itself in a compulsion to expose himself and masturbate in public when under severe stress. Mr. Nolan signed his complaint form on October 17, 1996, some twenty months after his termination by Canada Post, the last alleged act of discrimination.

[11] In a letter dated May 29, 1997, the Commission rejected a request from Canada Post that the Commission exercise the discretion conferred by several paragraphs of section 41 of the CHRA not to deal with the complaint, without an investigation. Of the several grounds urged by Canada Post for the Commission's not proceeding, the letter from the Commission referred to only one, namely that the complaint was out of time.

(ii) André Barrette's complaint

[12] Mr. Barrette has been employed in Sudbury, Ontario by Canada Post since November of 1970. He started as a full-time postal clerk, and became an acting supervisor and a member of the Association of Postal Officials of Canada (APOC) in 1987. In February of 1988 he was appointed to the full-time position of supervisor in the Sudbury mail processing plant. Mr. Barrette stated that from September 1992 he started to suffer from health problems which were identified at the time as hypertension. His condition coincided with the de-mechanization of the Sudbury plant, and its return to manual mail sorting, and resulted in Mr. Barrette's inability to do his job properly.

[13] In September 1993, Mr. Barrette met with Ms. Thiessen, a Vocational Rehabilitation Specialist employed by Canada Post, following a diagnosis provided by the medical consultant to Canada Post. The diagnostic report stated that Mr. Barrette was suffering from hypertension, a permanent medical condition that rendered him unfit to supervise other employees, as required by the position that he held.

Postes Canada avait exercé contre lui une discrimination fondée sur la déficience en violation de l'article 7 de la LCDP. En particulier, il a soutenu que la conduite à l'origine des déclarations de culpabilité était due à un trouble psychologique qui, dans son cas, se manifestait dans la compulsion à s'exposer et à se masturber en public lorsqu'il ressentait un grand stress. M. Nolan a signé son formulaire de plainte le 17 octobre 1996, soit une vingtaine de mois après son congédiement, qui constitue le dernier acte discriminatoire présumé.

[11] Dans une lettre en date du 29 mai 1997, la Commission a rejeté la demande par laquelle Postes Canada l'invitait à exercer le pouvoir discrétionnaire accordé par plusieurs alinéas de l'article 41 de la LCDP de déclarer la plainte irrecevable sans mener d'enquête. Dans cette lettre, la Commission se référait à un seul des motifs invoqués par Postes Canada pour lui demander de déclarer la plainte irrecevable, soit le dépôt de la plainte après l'expiration du délai prescrit.

(ii) La plainte de André Barrette

[12] M. Barrette est au service de Postes Canada à Sudbury (Ontario) depuis le mois de novembre 1970. Il a d'abord été commis des postes à temps plein, puis il est devenu surveillant intérimaire et membre de l'Association des officiers des postes du Canada (AOPC) en 1987. En février 1988, il a été nommé au poste à temps plein de surveillant du centre de traitement du courrier de Sudbury. M. Barrette a déclaré qu'en septembre 1992, il a commencé à avoir des problèmes de santé; un diagnostic d'hypertension a été posé. Son état a coïncidé avec la démécanisation du centre de Sudbury et le retour au tri manuel du courrier, de sorte que M. Barrette a été incapable de faire son travail correctement.

[13] En septembre 1993, M. Barrette a rencontré une spécialiste de la réadaptation professionnelle au service de Postes Canada, M<sup>me</sup> Thiessen, après que le médecin-conseil eut fourni un diagnostic à Postes Canada. Il était précisé dans le rapport de diagnostic que M. Barrette souffrait d'hypertension et que ce problème de santé permanent le rendait inapte à surveiller d'autres employés, ainsi que l'exigeaient les fonctions

This conclusion was informed by a discussion between Canada Post's doctor and Mr. Barrette's psychiatrist.

[14] On the basis of this information, and an interview with Mr. Barrette and his union representative, Ms. Thiessen looked for a position for which he was suited, with or without accommodation for his medical condition. Ms. Thiessen testified in the subsequent arbitration proceeding that, in these circumstances, she tries to find a position for an employee in any of the different bargaining units with comparable salary, hours and employee benefits. Ultimately, an alternative position was found for Mr. Barrette, and he did not lose his status as a full-time employee, and remains to this day employed as an acting postmaster. However, he lost his employment seniority with Canada Post.

[15] Mr. Barrette grieved the refusal of Canada Post to restore him to his previous supervisory position because it was not satisfied that he was no longer suffering from the condition that had led to his removal from it. In a grievance filed on December 22, 1993 he alleged that Canada Post had discriminated against him on the basis of disability by refusing to accommodate him, and by denying him employment opportunities pursuant to section 7 of the CHRA. The union argued that Mr. Barrette's hypertension was also related to a sleep disorder. However, medical evidence was adduced by Canada Post which doubted whether the grievor's main problem, hypertension, aggravated by the supervision of employees, would be alleviated by treatment for this other disorder.

[16] In an award dated June 10, 1996, the arbitrator concluded that the grievor had not established that there had been any change in the facts that resulted in Mr. Barrette's removal from his supervisory position. The arbitrator referred particularly to Mr. Barrette's evidence that he had dictated the note signed by his psychiatrist stating that he was fit to return to work, and to the fact that he had withdrawn his consent for the release of medical information to Canada Post by his psychiatrist.

du poste qu'il occupait. Cette conclusion s'appuyait sur une discussion entre le médecin de Postes Canada et le psychiatre de M. Barrette.

[14] Forte de ces renseignements, et après avoir rencontré M. Barrette et son représentant syndical, M<sup>me</sup> Thiessen a cherché un poste que M. Barrette pourrait occuper, avec ou sans prise en considération de son état de santé. Au cours de la procédure d'arbitrage, M<sup>me</sup> Thiessen a témoigné que, dans un cas semblable, elle essaie de trouver un poste dans l'une ou l'autre des unités de négociation qui comporte un traitement, des heures de travail et des avantages sociaux comparables. Elle a fini par trouver un autre poste pour M. Barrette et celui-ci a pu conserver son statut d'employé à temps plein; il travaille actuellement comme maître de poste intérimaire. Il a toutefois perdu son ancienneté à Postes Canada.

[15] M. Barrette a contesté par voie de grief le refus de Postes Canada de le rétablir dans ses anciennes fonctions de surveillant parce qu'elle n'était pas convaincue de la disparition du problème de santé ayant donné lieu au retrait de M. Barrette. Dans un grief déposé le 22 décembre 1993, M. Barrette a soutenu que Postes Canada avait exercé contre lui une discrimination fondée sur la déficience en refusant de tenir compte de sa situation et en lui refusant des possibilités d'emploi, acte discriminatoire visé à l'article 7 de la LCDP. Le syndicat a prétendu que l'hypertension dont souffrait M. Barrette était également liée à un trouble du sommeil. Toutefois, Postes Canada a produit une preuve médicale selon laquelle il était douteux que le traitement de ce trouble puisse soulager le principal problème de M. Barrette, l'hypertension, que la surveillance d'employés avait aggravé.

[16] Dans une décision en date du 10 juin 1996, l'arbitre a conclu que M. Barrette n'avait pas prouvé qu'un changement s'était produit dans les faits ayant entraîné la perte de son poste de surveillant. L'arbitre a notamment fait référence au témoignage de M. Barrette selon lequel il avait dicté la note signée par son psychiatre mentionnant qu'il était apte à retourner au travail, ainsi qu'au fait que M. Barrette avait retiré son consentement en ce qui concerne la communication par son psychiatre de renseignements médicaux à Postes Canada.

[17] The arbitrator determined that, once it was established that Mr. Barrette could not perform the duties of his position as supervisor because of his disability, Canada Post was not obliged to continue to employ him, apart from its duty reasonably to accommodate him, which it had discharged by deploying him to a comparable position for which he was suited.

[18] Dissatisfied with this decision, Mr. Barrette complained to the Commission on July 3, 1996, some 14 months after the last instance of alleged discrimination by Canada Post in refusing to reinstate him to his supervisory position. He signed the complaint on August 26, 1996.

[19] Relying on several paragraphs of section 41 of the CHRA, Canada Post requested the Commission not to investigate the complaint. However, in May 29, 1997 the Commission decided to proceed, but referred to only one of the grounds advanced by Canada Post, namely, that the Commission should not exercise its discretion to investigate a complaint that was out of time.

### C. Legislative Framework

[20] The provisions of the CHRA relevant to this proceeding are as follows:

3. (1) For all purposes of this Act, . . . disability . . . are prohibited grounds of discrimination.

. . .

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

. . .

[17] L'arbitre a statué qu'une fois qu'il était prouvé que M. Barrette ne pouvait pas remplir les fonctions de son poste de surveillant à cause de sa déficience, Postes Canada n'était pas obligée de continuer de l'employer, mise à part son obligation de tenir compte dans la mesure du possible de sa situation, obligation dont elle s'était acquittée en le mutant à un poste comparable qu'il était apte à occuper.

[18] Insatisfait de cette décision, M. Barrette a déposé une plainte auprès de la Commission le 3 juillet 1996, soit quatorze mois après le dernier acte discriminatoire qu'aurait commis Postes Canada en refusant de le rétablir dans ses fonctions de surveillant. M. Barrette a signé la plainte le 26 août 1996.

[19] Invoquant plusieurs motifs d'irrecevabilité prévus à l'article 41 de la LCDP, Postes Canada a demandé à la Commission de ne pas enquêter sur la plainte. Le 29 mai 1997, la Commission a décidé de donner suite à la plainte, mais elle a fait référence à un seul des motifs invoqués par Postes Canada, soit le fait que la Commission ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'enquêter sur une plainte déposée après l'expiration du délai imparti.

### C. Le cadre législatif

[20] Les dispositions de la LCDP qui sont pertinentes en l'espèce sont les suivantes [alinéa 41e) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34)]:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur [. . .] la déficience.

[. . .]

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[. . .]

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

(c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;

(d) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or

(e) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

[21] The collective agreement applicable to Mr. Nolan contained the following provision:

5.01. There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or stronger disciplinary action exercised or practised with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national origin, political or religious affiliation, sex, physical or emotional handicap, sexual orientation, marital status, family status, conviction for an offence for which a pardon has been received, or membership or activity in the Union. [Underlining added.]

[22] The arbitrations held to adjudicate the grievances of Mr. Nolan and Mr. Barrette were conducted under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, (as amended), Part I, the following subsections [subsection 22(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56)] of which have a bearing on these proceedings:

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;

c) la plainte n'est pas de sa compétence;

d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;

e) la plainte a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances.

[21] La convention collective applicable à M. Nolan contenait la disposition suivante:

5.01. Il est convenu qu'il ne doit pas y avoir de discrimination, d'ingérence, de restriction, de coercition, de harcèlement, d'intimidation ni de sanction disciplinaire plus sévère à l'endroit d'une employée ou d'un employé du fait de son âge, de sa race, de ses croyances, de sa couleur, de son origine ethnique, de son appartenance politique ou religieuse, de son sexe, d'un handicap physique, de troubles affectifs, de son orientation sexuelle, de son état matrimonial, de sa situation de famille, de sa situation de personne gracée, de son adhésion au Syndicat ou de son activité au sein de celui-ci. [Soulignement ajouté.]

[22] Les griefs de MM. Nolan et Barrette ont fait l'objet d'arbitrages en vertu de la partie I du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (modifié), dont les dispositions suivantes [le paragraphe 22(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56)] ont une incidence en l'espèce:

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action—décision, ordonnance ou procédure—du Conseil,



under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.”

### C. The Issues

[23] Counsel for the applicant identified the following legal issues as arising from these facts.

1. Did the Commission fail to exercise according to law its discretion under paragraph 41(e) of the CHRA to investigate the complaints, even though they were filed more than a year after the last incidents of discrimination on which the complaints were based?

2. Did the Commission err in law in proceeding to investigate Mr. Barrette’s complaint, even though it was made in bad faith?

3. Did the Commission exceed its jurisdiction by deciding to investigate Mr. Nolan’s complaint, which was based on a ground of discrimination that is not prohibited by the Act, namely, a criminal conviction?

4. Did the Commission err in law by failing to consider whether either of the complaints was barred by issue estoppel as a result of the arbitration awards?

### D. Analysis

The pervasive issue: prematurity

[24] Before I consider these questions in any detail, however, it is important to tackle an overarching issue emphasized by counsel for the Commission in her submissions. This is the appropriateness of judicial intervention at this early stage of an administrative

dans la mesure où elle est censée s’exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l’excès de pouvoir ou de l’incompétence à une étape quelconque de la procédure:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l’objet d’un recours judiciaire, notamment par voie d’injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

### C. Les questions en litige

[23] L’avocate de la demanderesse a déclaré que ces faits soulevaient les questions juridiques suivantes:

1. La Commission a-t-elle omis d’exercer en conformité avec la loi le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’alinéa 41e) de la LCDP d’enquêter sur les plaintes, même si elles ont été déposées plus d’un an après la perpétration des derniers actes discriminatoires sur lesquels elles étaient fondées?

2. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en décidant d’enquêter sur la plainte de M. Barrette, même si elle était entachée de mauvaise foi?

3. La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en décidant d’enquêter sur la plainte de M. Nolan, qui était fondée sur un motif de distinction illicite que n’interdisait pas la Loi, soit une déclaration de culpabilité au criminel?

4. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n’examinant pas la question de savoir si l’exception de chose jugée (*issue estoppel*) rendait les plaintes irrecevables du fait des sentences arbitrales?

### D. Analyse

La question prépondérante: le caractère prématuré

[24] Avant d’examiner ces questions en détail, toutefois, il est important que j’aborde une question fondamentale que l’avocate de la Commission a fait ressortir dans ses observations. Il s’agit de l’opportunité d’une intervention judiciaire dès le début d’une

proceeding that may possibly culminate in an adjudication of the parties' rights by a Tribunal. I must emphasize that the applicants in these cases are seeking judicial intervention in the administrative process before the Commission has even started its investigation of the complaints.

[25] As is well known, courts have become increasingly reluctant to intervene even at the later point in the process when, after considering an investigative report and the legal issues raised by a complaint, the Commission decides to refer a matter to the Tribunal, which will determine the parties' rights. A recent example is provided by *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.). This policy of judicial restraint is designed to avoid, for example, a multiplicity of proceedings that might otherwise arise from the same matter; to prevent unnecessary delays in the processing of complaints and the wasteful expenditure of agency resources; and to ensure that any legal rulings made in an application for judicial review are based on a factual record developed after an adjudicative hearing, and have the benefit of the Tribunal's view of the issues. Finally, of course, the Tribunal's decision may render moot the question that the applicant wished the Court to decide earlier.

[26] Nonetheless, despite this general reluctance to intervene before the administrative process has run its course, the Court may terminate the Commission's investigation of a complaint when the benefits of determining a question at this stage of the process, including saving the object of the complaint from unnecessarily having to mount a response to it, outweigh the kinds of costs identified above that typically accompany early judicial intervention. However, in my opinion it will be the rare case in which a court will be satisfied that a cost-benefit analysis militates against delaying intervention until the matter has been the subject of an administrative adjudication by a specialized tribunal in accordance with the statutory scheme.

[27] The language of section 41 confirms that the Court should not subject to close scrutiny the

procédure administrative qui peut déboucher sur le prononcé d'une décision sur les droits des parties par un tribunal. Je dois souligner que la demanderesse à l'instance demande à la Cour d'intervenir dans la procédure administrative avant même l'ouverture d'une enquête par la Commission.

[25] Il est acquis que les cours de justice sont de plus en plus réticentes à intervenir même à l'étape ultérieure de la procédure où la Commission, après avoir examiné le rapport d'enquête et les questions juridiques soulevées par la plainte, décide de renvoyer la plainte à un tribunal, qui statuera sur les droits des parties. Pour un exemple récent, voir l'affaire *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.). Cette attitude de réserve vise notamment à éviter la multiplication des recours auxquels la même affaire pourrait donner lieu; à empêcher les retards inutiles dans le traitement des plaintes et le gaspillage des ressources de l'organisme; et à faire en sorte que toute décision rendue dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire soit fondée sur un dossier factuel constitué au terme d'une audience et dans lequel le tribunal expose son point de vue sur les questions en litige. Enfin, la décision du tribunal peut rendre théorique la question sur laquelle le demandeur voulait que la cour se prononce.

[26] Toutefois, malgré cette réticence générale à l'égard d'une intervention avant que la procédure administrative ait suivi son cours, la Cour peut mettre fin à l'enquête ouverte par la Commission lorsque les avantages d'une décision à cette étape-ci de la procédure, notamment empêcher que l'objet de la plainte fasse l'objet d'une contestation inutile, l'emportent sur le genre de coûts dont il vient d'être question qui accompagnent habituellement une intervention judiciaire hâtive. À mon avis, toutefois, une analyse coûts-avantages parviendra rarement à convaincre une cour de justice de l'opportunité d'une intervention avant le prononcé d'une décision par un tribunal spécialisé en conformité avec le texte législatif.

[27] La formulation de l'article 41 confirme que la Cour ne devrait pas scruter à la loupe la décision de

Commission's decision to deal with a complaint. Subject to section 40, which is not relevant here, the section 41 of the CHRA provides that "the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that" [emphasis added] it falls within one or more of five listed categories. In addition, as we shall see, some of the exceptions themselves are framed in language that requires the Commission to exercise discretion, either express or implicit, in light of the facts before it.

[28] It is important to note here that the Commission has a *prima facie* duty to deal with a complaint, that it has a discretion to deal with a complaint to which one of the paragraphs of section 41 applies, and that whether a complaint falls within one of those exceptions is left to the Commission to decide.

[29] Counsel for Canada Post, Ms. Rusak, submitted that the listed exceptions to the Commission's duty to deal with a complaint should be regarded as enacted for the benefit of employers and others against whom complaints are made, and that the Court should be vigilant to ensure that the Commission does not erode those statutory rights. For example, she said, when the Commission decides to deal with a complaint that it received more than a year after the last incident on which it was based, as it did in this case, it is depriving the person complained against of a *prima facie* legal immunity from investigation after twelve months have elapsed from the last incident of alleged discrimination. Accordingly, there is an onus on the Commission to justify its exercise of discretion to remove a statutory right.

[30] I am unable to accept that this is an appropriate approach to section 41. For one thing, as I have noted, the section is drafted in a way that leaves many issues to the discretion or judgment of the Commission: this is incompatible with the notion that it should be interpreted as if it created a legal right not to be investigated in specified circumstances. The Commission still has a discretion to deal with the complaint if

la Commission d'instruire une plainte. Ainsi qu'il est prévu à l'article 41 de la LCDP, sous réserve de l'article 40, qui n'est pas pertinent en l'espèce, «la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable» [soulignement ajouté] pour un ou plusieurs des cinq motifs énumérés dans cette disposition. De plus, comme nous le verrons, quelques-uns de ces motifs eux-mêmes sont formulés en des termes qui exigent de la Commission qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire, soit explicitement soit implicitement, en tenant compte des faits qui lui ont été soumis.

[28] Il est important de rappeler à ce stade-ci que la Commission a, à première vue, l'obligation de statuer sur une plainte, qu'elle a le pouvoir discrétionnaire d'instruire une plainte visée par l'un des motifs d'irrecevabilité énumérés à l'article 41, et qu'il lui appartient de décider si une plainte relève de l'un de ces motifs.

[29] L'avocate de Postes Canada, M<sup>e</sup> Rusak, a soutenu que ces motifs d'irrecevabilité devraient être tenus pour édictés dans l'intérêt des employeurs et d'autres mis en cause, et que la Cour devrait faire preuve de vigilance pour faire en sorte que la Commission n'affaiblisse pas ces droits d'origine législative. Ainsi, M<sup>e</sup> Rusak a affirmé que lorsque la Commission décide de statuer sur une plainte déposée plus d'un an après le dernier des faits sur lesquels cette plainte est fondée, elle prive le mis en cause d'une immunité que lui accorde, à première vue, la loi contre l'ouverture d'une enquête plus de douze mois après la perpétration du dernier acte discriminatoire présumé. La Commission a donc le fardeau de justifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de supprimer un droit reconnu par la loi.

[30] Je suis incapable d'admettre qu'il s'agit d'une interprétation correcte de l'article 41. D'abord, comme je l'ai mentionné, la rédaction de cette disposition est telle que de nombreuses questions sont laissées à la discrétion de la Commission: cette faculté est incompatible avec l'idée qu'on devrait interpréter cette disposition comme si elle accordait le droit de ne pas faire l'objet d'une enquête dans des circonstances

it so chooses. While individuals against whom complaints are made undoubtedly benefit from the existence of the exceptions in section 41, the exceptions may also be regarded as inserted to enable the Commission to allocate its limited resources in an appropriate manner.

[31] Moreover, since the purpose of the statutory scheme is to reduce inequality, and accordingly has been said to possess a quasi-constitutional status, a court should be reluctant to conclude that the Commission has erred by taking too narrow a view of the exceptions to its statutory duty to deal with complaints of discrimination. On the other hand, it is arguable that closer judicial scrutiny is justified when the Commission decides not to deal with a complaint, which will normally be a final disposition of the matter.

[32] With these preliminary observations in mind, I shall now consider the particular issues raised by these cases.

#### Issue 1: The timeliness of the complaints

[33] Paragraph 41(e) exempts the Commission from the duty to investigate a complaint that was made more than a year after the last incident complained of, "or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances" [emphasis added.] Given that the purpose of the Act is to advance the value of equality, the Court should only be prepared to set aside a decision by the Commission to proceed with a complaint under this paragraph if satisfied that the Commission manifestly refused to exercise its discretion, or its exercise was patently unreasonable because, for example, it was based on considerations that bore no rational relationship to the reasons for the grant of the discretion or overlooked matters that it equally obviously ought to have considered, or it gave unreasonably little weight to some factors and far too much weight to others.

précises. La Commission peut quand même instruire la plainte si elle le veut. Bien que les mis en cause soient sans aucun doute avantagés par l'existence des motifs énumérés à l'article 41, on peut également considérer que ces motifs ont été édictés pour permettre à la Commission de répartir efficacement ses ressources limitées.

[31] De plus, comme ce texte législatif a pour objet de réduire les inégalités, d'où sa qualification de texte quasi constitutionnel, une cour de justice devrait hésiter à conclure que la Commission a commis une erreur en interprétant trop étroitement les exceptions à l'obligation que lui impose la loi d'instruire les plaintes de discrimination. Par contre, il est discutable qu'un examen judiciaire attentif soit justifié lorsque la Commission décide de ne pas examiner une plainte, puisqu'il s'agit normalement d'une décision définitive.

[32] Ces observations préliminaires étant faites, j'en viens aux questions litigieuses particulières que soulèvent les présentes affaires.

#### Question 1: Le délai imparti pour déposer les plaintes

[33] L'alinéa 41e soustrait la Commission à l'obligation d'enquêter sur une plainte qui a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, «ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances» [soulignement ajouté]. Comme l'objet de la LCDP est de promouvoir l'égalité, la Cour devrait être disposée à annuler une décision d'instruire une plainte en vertu de cette disposition uniquement si elle est convaincue que la Commission a visiblement refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou si l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était manifestement déraisonnable notamment parce qu'il était fondé sur des considérations qui n'avaient aucun lien logique avec les motifs de l'octroi de ce pouvoir discrétionnaire ou parce qu'il ne tenait aucun compte de questions qui auraient à l'évidence aussi dû être examinées, ou encore parce que la Commission a accordé trop peu de poids à certains facteurs et beaucoup trop de poids à d'autres.

Mr. Nolan

[34] Mr. Nolan was terminated in February 1995, and first contacted the Commission three months later, in April 1995. At that time he was advised by an employee of the Commission to pursue the matter through the grievance procedure provided by the collective agreement. In giving this advice, the individual concerned no doubt had in mind the fact that paragraph 41(a) exempts the Commission from its duty to deal with a complaint if the complainant ought to have exhausted "grievance or review procedures otherwise reasonably available".

[35] After receiving a negative decision from the arbitrator in January 1996, Mr. Nolan waited until April to contact the Commission again, and did not sign the complaint until October 1996, at which point Canada Post was advised of it. As counsel for the applicant pointed out, if Mr. Nolan had filed his complaint as soon as he received the arbitrator's decision he would still have been in time. Instead, he filed it 10 months outside the one-year period that applies unless the Commission exercises its discretion to extend it.

[36] Counsel attacked the legality of the Commission's decision on several grounds.

(i) Inadequacies in the investigator's report

[37] Chapter 4.2(4) of the Compliance Manual, a non-statutory document issued by the Commission in 1994, provides that, where an alternative grievance procedure is available, a complaint is not signed until that other remedy has been exhausted. However, where the redress is not immediately available, or the issue of timeliness under the CHRA may arise before the completion of the process, a formal complaint is signed straight away and held in abeyance pending the outcome of the other proceeding.

[38] While applications for judicial review have been dismissed because the Commission complied with its own procedures, counsel produced no case in which

M. Nolan

[34] M. Nolan a été congédié en février 1995 et il a communiqué pour la première fois avec la Commission trois mois plus tard, soit en avril 1995. Un employé de la Commission lui a alors conseillé de recourir à la procédure de règlement des griefs prévue par la convention collective. En agissant ainsi, cet employé songeait sans doute au fait que l'alinéa 41a) soustrait la Commission à l'obligation de statuer sur une plainte si elle estime que le plaignant devrait épuiser «les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouvert[e]s».

[35] Après avoir reçu la décision défavorable de l'arbitre en janvier 1996, M. Nolan a attendu jusqu'en avril pour communiquer à nouveau avec la Commission. Il a signé la plainte en octobre 1996 seulement, et c'est à ce moment-là que Postes Canada en a été avisée. Comme l'avocate de la demanderesse l'a fait remarquer, si M. Nolan avait déposé sa plainte dès la réception de la décision de l'arbitre, il aurait respecté le délai imparti. Il a plutôt déposé sa plainte dix mois après l'expiration du délai d'un an qui s'applique à moins que la Commission n'exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder un délai supérieur.

[36] L'avocate a invoqué plusieurs moyens pour contester la légalité de la décision de la Commission.

(i) Les lacunes du rapport d'enquête

[37] Il est prévu au chapitre 4.2(4) du Guide de mise en œuvre, document non législatif rendu public par la Commission en 1994, que si un autre mécanisme de grief est ouvert au plaignant, sa plainte n'est pas signée tant que cet autre recours n'a pas été épuisé. Toutefois, si ce recours ne peut être exercé immédiatement, ou si la question des délais prescrits par la LCDP peut entrer en jeu avant la fin de la procédure, la plainte officielle est aussitôt signée et gardée en suspens jusqu'à l'issue de l'autre procédure de recours.

[38] Bien que des demandes de contrôle judiciaire aient été rejetées parce que la Commission avait mis en œuvre sa propre procédure, l'avocate n'a invoqué

an application was allowed solely on the basis of non-compliance. Indeed, a failure to comply with non-statutory guidelines issued for the guidance of officials in the exercise of their statutory powers does not in itself constitute reviewable error: *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. Moreover, the language of the relevant passage in the Manual indicates that it was intended to be merely advisory, not mandatory in nature.

[39] Although the Manual is not altogether clear on the point, I have assumed that the person against whom the complaint is made is notified when the complaint is formally filed, even though it is to be “held in abeyance” pending the complainant’s exhaustion of the alternative remedy. However, I am not satisfied that the Commission failed to comply with the Manual. There is, for example, no evidence in the record about what was said when Mr. Nolan met the Commission official in April 1995. It is possible that at that meeting Mr. Nolan was advised to file a complaint which would be held in abeyance pending the outcome of the grievance, but refused. Neither the CHRA, nor the Manual states that, in these circumstances, a complaint filed later must be rejected.

[40] Counsel for Canada Post also argued that the investigator’s report, on which the Commission based the decision to proceed outside the one-year time limit, was deficient because it did not comply with Chapter 4.2(6) of the Manual. In particular, it did not address all three issues that the Manual provides must be considered when the discretion to extend the time limit is being exercised: the prejudice to the respondent caused by the delay, the length of the delay and any explanation for it, and the public interest in the complaint itself.

[41] The investigator’s report briefly set out the chronology relating to the complaint, and noted that the applicant had unsuccessfully grieved his termination. It also stated that there was no evidence that Canada Post would be prejudiced by an extension of

aucune décision par laquelle on a fait droit à une demande pour la seule raison que la procédure n’avait pas été respectée. De fait, le défaut de mettre en œuvre des lignes directrices non législatives qui ont été formulées pour guider les fonctionnaires dans l’exercice de leurs pouvoirs d’origine législative ne constitue pas en soi une erreur justifiant un contrôle: *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2. De plus, le libellé du passage pertinent du Guide montre que ce document a un caractère purement consultatif et non impératif.

[39] Bien que le Guide ne soit pas tout à fait clair sur ce point, j’ai présumé que le mis en cause est avisé au moment du dépôt officiel de la plainte, même si cette plainte doit être «gardée en suspens» jusqu’à l’épuisement de l’autre voie de recours par le plaignant. Toutefois, je ne suis pas convaincu que la Commission n’a pas suivi le Guide. Ainsi, il n’existe aucun élément de preuve au dossier sur la conversation qu’ont eue M. Nolan et le fonctionnaire de la Commission en avril 1995. Peut-être que ce fonctionnaire a conseillé à M. Nolan de déposer une plainte qui serait gardée en suspens jusqu’à l’issue du grief, mais celui-ci a refusé. Ni la LCDP ni le Guide ne précisent que, dans ces circonstances, une plainte déposée plus tard doit être rejetée.

[40] L’avocate de Postes Canada a également soutenu que le rapport d’enquête, sur lequel la Commission a fondé sa décision d’instruire la plainte malgré l’expiration du délai d’un an, comportait des lacunes parce qu’il ne respectait pas le chapitre 4.2(6) du Guide. En particulier, ce rapport ne traitait pas les trois questions qui, d’après le Guide, doivent être prises en considération lorsqu’est exercé le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai imparti, à savoir le préjudice occasionné au mis en cause par le dépôt tardif, l’importance du retard et les explications avancées, et l’intérêt que la plainte elle-même revêt pour le public.

[41] Dans son rapport, l’enquêteur relate brièvement les faits qui sont à l’origine de la plainte et précise que le grief du plaignant a été rejeté. Il mentionne en outre que rien ne permet de conclure qu’une prorogation de délai serait préjudiciable à Postes Canada et il

time, and noted that its records relating to the termination were likely still to be available to it since they would have been used for the arbitration proceeding.

[42] The report's statement of the chronology, and the reference to the applicant's prior resort to arbitration, satisfied the Manual's requirement that reports must "cover" the length of the delay and its cause.

[43] By referring to the fact that Canada Post can be expected still to have its records available after the conclusion of the arbitration, the report clearly addressed the question of any prejudice to Canada Post that an extension of time would cause. However, counsel took issue with the conclusion that there was no prejudice, arguing that if Canada Post had known of the existence of the complaint earlier, it would have presented its case differently before the arbitrator and addressed the issue of disability. In my opinion, this objection does not demonstrate that the report did not "cover" the question of prejudice, especially since the letter of February 14, 1997 written on behalf of Canada Post to the Commission prior to the investigator's report did not mention any prejudice to the employer.

[44] On the other hand, since the report is silent on the public interest in the complaint itself, the report cannot be said to have "covered" this issue as required by the Manual. Counsel put the point another way when she said that there is nothing in the report that provides a positive justification for extending the time under paragraph 41(e).

[45] However, I am not satisfied that this deficiency constitutes an error of law that would justify judicial intervention. Even if the Manual were issued under a statutory power, which it is not, non-compliance with a formal requirement specifying the matters that must be covered in an investigator's section 41 report would not necessarily invalidate the subsequent decision of the Commission to investigate a complaint. Since the report "covers" two of the three factors identified in the Manual it contains enough to amount to substantial

fait remarquer que Postes Canada a sans doute encore en sa possession les documents relatifs au congédiement puisqu'elle les a utilisés dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

[42] Cet énoncé des faits et la mention du fait que le plaignant a eu recours à la procédure d'arbitrage satisfont à l'exigence du Guide selon laquelle les rapports doivent «prendre en considération» l'importance du retard et sa cause.

[43] En mentionnant le fait que Postes Canada avait sans doute encore en sa possession les documents voulus après l'arbitrage, le rapport abordait clairement la question du préjudice qu'une prorogation de délai occasionnerait à Postes Canada. L'avocate a toutefois contesté la conclusion relative à l'absence de préjudice en soutenant que si Postes Canada avait appris l'existence de la plainte plus tôt, elle aurait présenté sa cause différemment devant l'arbitre et aurait soulevé la question de la déficience. À mon avis, cette objection ne démontre pas que le rapport ne «prenait [pas] en considération» la question du préjudice, surtout compte tenu du fait que la lettre en date du 14 février 1997 que Postes Canada a envoyée à la Commission avant le dépôt du rapport d'enquête ne parlait pas d'un préjudice occasionné à l'employeur.

[44] Par contre, comme le rapport est silencieux sur l'intérêt que la plainte elle-même revêt pour le public, on ne saurait affirmer que ce rapport «prenait en considération» cette question ainsi que l'exige le Guide. L'avocate a exprimé la chose différemment lorsqu'elle a dit qu'il n'y a rien dans le rapport qui fournit une justification positive à une prorogation de délai en vertu de l'alinéa 41e).

[45] Toutefois, je ne suis pas convaincu que cette lacune constitue une erreur de droit qui justifie l'intervention de la Cour. Même si le Guide avait été rendu public en vertu d'un pouvoir conféré par la loi, ce qui n'est pas le cas, l'inobservation d'une condition formelle précisant les questions qui doivent être traitées dans un rapport d'enquête relatif à l'article 41 n'invaliderait pas forcément la décision subséquente de la Commission d'enquêter sur la plainte. Comme le rapport «prend en considération» deux des trois

compliance, especially given the preliminary nature of the report, and the fact that the employer will have an opportunity to make further submissions to the Commission before it decides whether or not to proceed with the complaint. Much less does a failure to comply with a non-statutory formal requirement of this nature constitute error of law.

(ii) The Commission's letter of decision to extend time

[46] When the section 41 report was disclosed to the parties, Canada Post made detailed written submissions to the Commission addressing a number of issues. On the question of timeliness, Canada Post's principal submission was that the report did not provide a rationale for the Commission to proceed with this out-of-time complaint. The letter advising Canada Post that the Commission had exercised its discretion under paragraph 41(e) to proceed with the complaint contained no more by way of reasons than what was in the investigator's report. This letter also stated that, before rendering their decision, members of the Commission had taken into account both the section 41 report and the submissions of Canada Post.

[47] Counsel for Canada Post argues that it can be inferred from this letter that the Commission failed to exercise its statutory discretion under paragraph 41(e) according to law, because it provided no rationale for proceeding with a complaint that was filed outside the one-year time limit. In support of this argument counsel noted that the one-year limitation period is a statutory benefit of which a respondent to a human rights complaint should not be deprived in the absence of good reason being shown.

[48] In support of this contention, counsel relied on the following statement by Muldoon J. in *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian human Rights Commission)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251 (F.C.T.D.), where he said (at pages 273-274) when

facteurs mentionnés dans le Guide, c'est suffisant pour conclure à un respect en substance, surtout compte tenu de la nature préliminaire du rapport et du fait que l'employeur aura la possibilité de présenter d'autres observations à la Commission avant qu'elle ne se prononce sur l'opportunité de donner suite à la plainte. L'inobservation d'une condition formelle non législative de cette nature constitue encore moins une erreur de droit.

(ii) La lettre dans laquelle la Commission annonce qu'elle proroge le délai

[46] Lorsque le rapport relatif à l'article 41 a été communiqué aux parties, Postes Canada a présenté à la Commission des observations écrites détaillées sur un certain nombre de points. Sur la question du délai imparti, la principale observation de Postes Canada était que le rapport n'expliquait pas pourquoi la Commission avait décidé de statuer sur une plainte présentée hors délai. La lettre dans laquelle la Commission informait Postes Canada qu'elle avait exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41e) de donner suite à la plainte n'était pas plus explicite que le rapport d'enquête. Il était également mentionné dans cette lettre que, avant de prendre leur décision, les membres de la Commission avaient pris en considération le rapport d'enquête relatif à l'article 41 et les observations de Postes Canada.

[47] L'avocate de Postes Canada soutient qu'il est possible de déduire de cette lettre que la Commission n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41e) en conformité avec la loi parce qu'elle n'explique pas pourquoi elle a décidé de donner suite à une plainte qui a été déposée après l'expiration du délai d'un an. Au soutien de cet argument, l'avocate a fait remarquer que le délai d'un an est un avantage d'origine législative dont le mis en cause dans une plainte en matière de droits de la personne ne devrait pas être privé sans raison valable.

[48] Au soutien de cette prétention, l'avocate a invoqué l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Muldoon a, pour



setting aside a decision by the Commission to proceed with an out-of-time complaint:

In failing to evince some deliberate exercise of power by its resolution, the commission simply does not exercise the power accorded to it under para. 41(e) . . . .

It is just too plain for elaboration that if the employer is to be deprived of the benefit which Parliament provided [*scil.* in paragraph 41(e) of the CHRA)], the commission must give some cogent signal or demonstration of why it considered it to be appropriate so to deprive the employer. But the commission is just moribund on that score. It did not even mention its own internal guidelines for extending the time . . . .

[49] In my opinion, however, in the case at bar the Commission expressly addressed considerations relevant to the exercise of its discretion, including those contained in the Manual, such as the absence of any evidence of prejudice to the employer and the explanation for the complainant's delay in signing a formal complaint. Canada Post's submissions to the Commission after it received the section 41 report did not specify how it would be prejudiced by an extension of time. It cannot now attack the decision on the ground that it suffered a prejudice that it did not mention to the Commission prior to its decision.

[50] It is true that neither the section 41 report, nor the Commission's letter of decision, provided a positive rationale for the Commission's exercise of discretion under paragraph 41(e). However, there is no statutory duty on the Commission to give reasons for proceeding in the face of a section 41 objection, and I do not think that the duty of fairness imposes on the Commission a duty to give a complete statement of its reasons for deciding simply to conduct an investigation. As for the argument that there is an onus on the Commission to provide a positive explanation to investigate an out-of-time complaint, I have already indicated that in my view the provisions of section 41 exempting the Commission in various circumstances from dealing with a complaint should not be regarded as enacted solely for the benefit of the person against

annuler la décision de la Commission de donner suite à une plainte présentée hors délai, fait les remarques suivantes (aux pages 273 et 274):

En ne montrant pas, par sa résolution, l'exercice mûrement réfléchi de son pouvoir, la Commission n'exerce simplement pas le pouvoir que lui attribue l'al. 41e) [. . .]

Il va de soi que si l'employeur doit être privé de l'avantage accordé par le Parlement [à l'alinéa 41e) de la LCDP], la Commission doit donner une indication pertinente ou une explication des raisons pour lesquelles elle a jugé opportun d'en priver l'employeur. Mais la Commission est simplement moribonde sur ce chapitre. Elle n'a pas même pas mentionné ses propres lignes de conduite internes en matière de prorogation de délai.

[49] J'estime toutefois qu'en l'espèce la Commission a expressément examiné des considérations ayant trait à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, y compris celles qui sont contenues dans le Guide, comme l'absence de preuve d'un préjudice occasionné à l'employeur et l'explication du retard du plaignant relativement à la signature d'une plainte officielle. Les observations que Postes Canada a soumises à la Commission après avoir reçu le rapport relatif à l'article 41 ne précisaient pas en quoi Postes Canada serait lésée par une prorogation de délai. Postes Canada ne peut pas contester maintenant cette décision au motif qu'elle a subi un préjudice dont elle n'a pas fait état à la Commission avant que celle-ci ne prenne sa décision.

[50] Il est vrai que ni le rapport relatif à l'article 41 ni la lettre de décision de la Commission n'expliquent pourquoi la Commission a décidé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41e). Toutefois, la Commission n'est pas tenue par la loi d'exposer les motifs pour lesquels elle donne suite à une plainte en dépit d'une objection fondée sur l'article 41, et je ne pense pas que l'obligation d'équité fait en sorte que la Commission doit fournir un exposé détaillé des motifs pour lesquels elle a simplement décidé de mener une enquête. En ce qui concerne l'argument voulant que la Commission ait le fardeau d'expliquer pourquoi elle a pris la décision d'enquêter sur une plainte déposée hors délai, j'ai déjà mentionné qu'à mon avis les dispositions de l'article 41 qui permettent à la Commission, dans certaines circonstances, de statuer sur

whom a complaint has been made.

[51] It is important to remember that, in reviewing an exercise of discretion by the Commission, especially at this preliminary stage of the process, the Court's role is very circumscribed. While it would no doubt have been helpful to have had a more detailed explanation of the Commission's decision to extend the time in which the complaint could be made, I cannot say that the Commission overlooked matters so crucial to the decision that it should be set aside as erroneous in law.

Mr. Barrette

[52] The general factual matrix of the timeliness issue as it relates to Mr. Barrette is very similar to that in Mr. Nolan's case, as is Canada Post's objection to the Commission's proceeding to deal with it. However, since Mr. Barrette signed the complaint only two months beyond the normal one-year period, counsel understandably did not press her argument on this issue as vigorously as she did with respect to Mr. Nolan.

[53] For the reasons that I have already given, the Commission did not err in law or abuse its discretion when it decided to extend the time by two months to enable it to deal with Mr. Barrette's complaint.

Issue 2: Did the Commission err in law in failing to dismiss Mr. Barrette's complaint under paragraph 41(e) on the ground that it was made in bad faith?

[54] The basis of Canada Post's contention here is that the arbitrator who had heard Mr. Barrette's grievance against the employer's refusal to reinstate him to his former position had found, on the basis of Mr. Barrette's own testimony, that he had "practically dictated" the letter signed by his doctor stating that he was no longer suffering from a permanent disability. Moreover, Mr. Barrette had withdrawn his permission

une plainte ne devraient pas être tenues pour édictées uniquement dans l'intérêt du mis en cause.

[51] Il ne faut pas oublier que la Cour a un rôle très limité dans le cadre du contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Commission, surtout à cette étape préliminaire de la procédure. Il aurait sans doute été utile d'avoir une explication plus complète de la décision de la Commission de proroger le délai accordé pour déposer la plainte, mais je ne saurais affirmer que la Commission n'a tenu aucun compte de facteurs tellement importants que cette décision devrait être annulée au motif qu'elle est mal fondée en droit.

M. Barrette

[52] Dans l'ensemble, les faits qui se rapportent à la question du délai imparti dans le cas de M. Barrette sont très semblables à ceux qui ont été exposés dans le cas de M. Nolan, tout comme l'est l'objection de Postes Canada à la décision de la Commission d'instruire la plainte. Toutefois, comme M. Barrette a signé la plainte à peine deux mois après l'expiration du délai normal d'un an, l'avocate n'a évidemment pas fait valoir son argument sur ce point aussi vigoureusement que dans le cas de M. Nolan.

[53] Pour les motifs que je viens d'exposer, la Commission n'a pas commis d'erreur de droit ni exercé abusivement son pouvoir discrétionnaire en décidant de proroger le délai de deux mois de façon à pouvoir statuer sur la plainte de M. Barrette.

Question 2: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ne rejetant pas la plainte de M. Barrette en vertu de l'alinéa 41e) au motif qu'elle était entachée de mauvaise foi?

[54] La thèse de Postes Canada sur ce point est que l'arbitre qui a été saisi du grief déposé par M. Barrette en raison du refus de son employeur de le rétablir dans ses anciennes fonctions a conclu, sur la foi du propre témoignage de M. Barrette, qu'il avait [TRANSDUCTION] «pratiquement dicté» la lettre que son médecin a signée et dans laquelle il était mentionné que M. Barrette ne souffrait plus d'une incapacité

for the doctor to discuss his medical condition with Canada Post.

[55] Counsel further alleged that, when it made its decision to proceed, the Commission did not have before it the submissions made by Canada Post in response to the investigator's section 41 report, to which it does not refer in its letter of decision. Indeed, the decision letter refers only to the timeliness issue and says nothing about the other matters raised by Canada Post, including the allegation of bad faith. In other words, the allegation is that the Commission failed to take into account relevant considerations when concluding that "it appears to the Commission" that the complaint was made in bad faith.

[56] Contrary to Canada Post's assertion, the letter of decision from the Commission explicitly states that the decision was made on the basis of, among other things, Canada Post's lengthy submissions in response to the section 41 report. However, it is the case that the Commission's letter did not address Canada Post's submissions with respect to the issue of bad faith, which was one of the three main points made in those submissions.

[57] Counsel for the Commission, Ms. Lalumière, said that the Commission was not obliged to deal with every aspect of the objections made pursuant to section 41; timeliness was the main bone of contention between Canada Post and the Commission, and it was sufficient that the letter dealt with that. Indeed, even when the Commission has conducted an investigation and has decided not to refer a complaint to a Tribunal, a decision that is effectively final as far as the complainant is concerned, the duty of fairness does not impose a standard of thoroughness that requires it to refer to every issue raised in the complaint: *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.).

[58] I start with the proposition that the Commission is under no legal duty to give reasons for its decision to proceed to an investigation, desirable as it is as a matter of good administration and decency that

permanente. De plus, M. Barrette avait retiré à son médecin la permission de discuter de son état de santé avec Postes Canada.

[55] L'avocate a en outre soutenu que lorsque la Commission a pris sa décision, elle n'avait pas été saisie des observations faites par Postes Canada en réponse au rapport d'enquête relatif à l'article 41, auxquelles elle ne fait pas référence dans cette lettre. En effet, la lettre de décision porte uniquement sur la question du délai et n'aborde pas les autres points soulevés par Postes Canada, notamment l'allégation de mauvaise foi. En d'autres termes, l'avocate soutient que la Commission n'a tenu aucun compte de considérations pertinentes pour conclure que «celle-ci estime» que la plainte était entachée de mauvaise foi.

[56] Contrairement à ce que prétend Postes Canada, la Commission mentionne explicitement dans sa lettre qu'elle a pris sa décision après avoir tenu compte, entre autres choses, des observations détaillées présentées par Postes Canada en réponse au rapport relatif à l'article 41. Toutefois, c'est un fait que la lettre de la Commission ne donne pas suite aux observations de Postes Canada sur la question de la mauvaise foi, qui était l'un des trois principaux points mentionnés dans ces observations.

[57] L'avocate de la Commission, M<sup>e</sup> Lalumière, a déclaré que la Commission n'était pas obligée de traiter chaque aspect des objections formulées sous le régime de l'article 41; le délai était la principale pomme de discorde entre Postes Canada et la Commission, et il était suffisant que la lettre traite cette question. De fait, même après que la Commission a mené une enquête et décidé de ne pas renvoyer la plainte à un tribunal, décision qui est dans les faits définitive pour le plaignant, l'obligation d'équité n'impose pas une norme de rigueur qui oblige la Commission à traiter chaque question soulevée dans la plainte: *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.).

[58] Je commence par la proposition que la Commission n'est nullement tenue par la loi d'exposer les motifs de sa décision de mener une enquête, bien qu'il soit souhaitable pour une saine gestion et par conve-

reasons be provided. The question in this case is whether it is possible to infer from the fact that the Commission gave reasons that responded to one of Canada Post's submissions that it did not consider the others, including the question of bad faith. Ms. Lalumière's assurance that the Commission would want to examine this issue in the course of its investigation is not responsive to the concern stemming from the perceived inadequacy of the decision letter.

[59] Nonetheless, I am unable to infer from the Commission's failure to refer to this issue in its letter that the Commission did not consider it, especially when the letter expressly states that the Commission had taken into consideration the letter from Canada Post containing its submissions. Again, I would stress that this challenge is being made at a very early stage in the administrative process, when it is a very long way from determining anyone's legal rights. Indeed, even before the matter reaches the adjudicative stage, Canada Post will have another opportunity to make submissions in response to the investigative report and recommendations. For the Court to impose stringent procedural standards on the Commission, and to subject to close scrutiny the Commission's decisions at the section 41 or screening stage of the process, would in my opinion unduly hamper the Commission's ability to discharge its statutory mandate expeditiously and effectively.

Issue 3: Did the Commission exceed its jurisdiction when it decided to investigate Mr. Nolan's complaint which was based on a ground of discrimination that is not contained in the CHRA, namely, criminal convictions?

[60] Canada Post's argument here is that Mr. Nolan was dismissed on the basis of his convictions for indecent exposure. There has been no suggestion that he is unable to perform his work, as is generally the case when the real reason for an employee's dismissal is disability. Indeed, disability was not an issue in the arbitration, but only arose when he went to the Com-

nance de motiver une décision. Il s'agit en l'espèce de savoir s'il est possible de déduire du fait que la Commission a fourni des motifs relativement à l'une des observations faites par Postes Canada qu'elle n'a pas tenu compte des autres observations, notamment celles relatives à la mauvaise foi. L'assurance donnée par M<sup>e</sup> Lalumière que la Commission examinera cette question dans le cadre de son enquête ne dissipe pas la crainte suscitée par l'insuffisance perçue de la lettre de décision.

[59] Malgré tout, je suis incapable de déduire du défaut de la Commission de traiter cette question dans sa lettre que la Commission ne l'a pas examinée, surtout que celle-ci mentionne expressément dans cette lettre qu'elle a pris en considération la lettre dans laquelle Postes Canada exposait ses observations. Une fois de plus, je tiens à souligner que la présente demande de contrôle judiciaire est déposée dès les premières étapes de la procédure administrative et que nous sommes encore très loin du prononcé d'une décision sur les droits de quiconque. En effet, même avant que l'affaire soit entendue, Postes Canada aura de nouveau la possibilité de présenter des observations sur le rapport d'enquête et des recommandations. Le fait pour la Cour d'imposer des normes procédurales rigoureuses à la Commission et d'examiner à la loupe ses décisions à l'étape prévue à l'article 41 ou à l'étape de la sélection aurait pour effet, selon moi, de nuire indûment à la capacité de la Commission de réaliser avec rapidité et efficacité son mandat d'origine législative.

Question 3: La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en décidant d'enquêter sur la plainte de M. Nolan, qui est fondée sur un motif de distinction illicite que n'interdit pas la LCDP, soit une déclaration de culpabilité au criminel?

[60] Postes Canada soutient que M. Nolan a été congédié parce qu'il a été reconnu coupable d'exhibitionnisme à plus d'une reprise. Personne n'a affirmé qu'il est incapable de faire son travail, comme c'est généralement le cas lorsque le véritable motif du congédiement d'un employé est la déficience. De fait, la déficience n'a pas été débattue pendant l'arbitrage

mission. Mr. Nolan is in effect seeking to re-litigate his dismissal based on his criminal convictions by asserting that he was dismissed on the ground of disability, and the Commission should have dismissed the complaint under paragraph 41(d), since it has no jurisdiction over adverse action taken by an employer on the ground of an employee's criminal record, except where a pardon has been granted.

[61] Counsel relied on *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, where it was held that the Tribunal exceeded its jurisdiction by treating what was in essence a complaint of discrimination on the ground of sexual orientation, which was not then a prohibited ground of discrimination, as one of discrimination on the ground of family status, which was, and still is, a prohibited ground.

[62] I do not think that there is anything in this point. There has been no investigation by the Commission of the circumstances of Mr. Nolan's dismissal; establishing the ground on which his employment was terminated raises questions of fact and law upon which it would be entirely inappropriate for me to rule at this preliminary stage of the administrative process. Given both that Mr. Nolan's complaint asserted discrimination on a ground contained in the CHRA, and that there were very limited facts before the Commission, it cannot be said that the Commission's decision to proceed to an investigation was patently unreasonable. Nor, for reasons given earlier, do I regard the Commission's failure to deal with Canada Post's submission on this issue as fatal to the validity of its decision to deal with the complaint.

Issue 4: Did the Commission err in law by failing to consider whether either of the complaints was barred by issue estoppel?

[63] This is by no means the first case in which difficulties are perceived to have arisen from the fact

du grief; cette question a été soulevée uniquement lorsque M. Nolan s'est adressé à la Commission. M. Nolan cherche dans les faits à contester de nouveau son congédiement fondé sur ses déclarations de culpabilité au criminel en affirmant qu'il a été congédié à cause d'une déficience, et la Commission aurait dû rejeter la plainte en vertu de l'alinéa 41d) étant donné qu'elle n'a pas compétence à l'égard des mesures défavorables prises par un employeur en raison du casier judiciaire d'un employé, sauf lorsqu'une réhabilitation a été accordée.

[61] L'avocate a invoqué l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, dans lequel il a été statué que le tribunal avait outrepassé sa compétence en traitant ce qui était fondamentalement une plainte de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui n'était pas à ce moment-là un motif de distinction illicite, comme une plainte de discrimination fondée sur la situation de famille, qui était un motif illicite et l'est encore.

[62] Selon moi, cet argument est sans intérêt. La Commission n'a pas mené d'enquête sur les circonstances du congédiement de M. Nolan; prouver le motif du congédiement soulève des questions de fait et de droit sur lesquelles il serait tout à fait inopportun que je me prononce à cette étape préliminaire de la procédure administrative. Comme M. Nolan invoquait dans sa plainte un motif de distinction illicite prévu par la LCDP et comme les faits soumis à la Commission étaient très limités, on ne saurait affirmer que la décision de la Commission de mener une enquête était manifestement déraisonnable. De plus, pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne considère pas que le défaut de la Commission d'examiner l'observation de Postes Canada sur ce point invalide sa décision de statuer sur la plainte.

Question 4: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si l'exception de chose jugée (*issue estoppel*) rendait les plaintes irrecevables du fait des sentences arbitrales?

[63] Il ne s'agit aucunement de la première affaire dans laquelle des difficultés sont perçues comme étant

that human rights issues may be litigated in more than one administrative forum. The statutory bodies with general responsibility in this area, namely human rights commissions and the specialized adjudicative tribunals to which they may refer complaints that they have investigated, do not enjoy an exclusive jurisdiction over allegations of unlawful discrimination. For instance, labour arbitrators generally have jurisdiction to hear and determine grievances alleging that an employer has breached the collective agreement by engaging in discriminatory conduct that violates human rights legislation.

[64] Indeed, by giving the Commission a discretion not to investigate a complaint before the complainant has exhausted “grievance or review procedures”, paragraph 41(a) of the CHRA acknowledges both that the Commission does not have exclusive jurisdiction over complaints of discrimination contrary to the Act, and that it may be more appropriate for the complainant to have resort to those other procedures.

[65] Counsel for Canada Post went on to argue that, once the Commission has decided not to investigate a complaint under paragraph 41(a), a complainant may not then return to the Commission after losing in a grievance arbitration. The discretion under this paragraph is exercisable on a one-time-only basis. In other words, once the Commission has decided to exercise its discretion not to deal with a complaint under paragraph 41(a), its jurisdiction over that complaint is ousted by the rendering of a decision by the arbitrator.

[66] She supported this interpretation of paragraph 41(a) by contrasting its wording with that of paragraph 41(b), which also deals with concurrency of jurisdiction and exempts the Commission from its duty to deal with complaints that could more appropriately be dealt with “initially or completely” [emphasis added] by a procedure established by Parliament under another Act. The omission from paragraph 41(a) of

attribuables au fait que des questions relatives aux droits de la personne peuvent être contestées devant plus d’un tribunal administratif. Les organismes de création législative qui sont investis d’une responsabilité générale dans ce domaine, à savoir les commissions des droits de la personne et les tribunaux spécialisés auxquels elles peuvent renvoyer les plaintes sur lesquelles elles ont mené une enquête, ne possèdent pas une compétence exclusive à l’égard des allégations de distinction illicite. Ainsi, les arbitres en relations du travail ont en règle générale compétence pour statuer sur un grief dans lequel il est reproché à l’employeur d’avoir contrevenu à la convention collective en commettant un acte discriminatoire interdit par la législation sur les droits de la personne.

[64] De fait, en accordant à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas enquêter sur une plainte avant que le plaignant ait épuisé «des procédures d’appel ou de règlement des griefs», l’alinéa 41a) de la LDCP reconnaît que la Commission est dépourvue d’une compétence exclusive à l’égard des plaintes de discrimination déposées en vertu de la Loi et qu’il peut être plus approprié pour le plaignant d’avoir recours à d’autres procédures.

[65] L’avocate de Postes Canada a ensuite soutenu qu’une fois que la Commission a décidé de ne pas enquêter sur une plainte pour le motif prévu à l’alinéa 41a), le plaignant dont le grief a été rejeté ne peut pas retourner devant la Commission. Le pouvoir discrétionnaire accordé par cette disposition ne peut être exercé qu’une fois. En d’autres termes, une fois que la Commission a décidé d’exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas statuer sur une plainte pour le motif prévu à l’alinéa 41a), le prononcé d’une décision par l’arbitre fait perdre à celle-ci sa compétence à l’égard de la plainte.

[66] Pour appuyer cette interprétation de l’alinéa 41a), l’avocate a fait un parallèle entre le libellé de cette disposition et celui de l’alinéa 41b), qui porte également sur la concomitance de compétence et dispense la Commission de l’obligation de statuer sur une plainte qui pourrait avantageusement être instruite «dans un premier temps ou à toutes les étapes» [soulignement ajouté] selon des procédures prévues

the adverb “initially” indicates, she argued, that Parliament intended that, once the matter had been dealt with through the grievance procedure, the Commission had no power to entertain the complaint. The reason for this difference, she suggested, was that courts defer to arbitral awards and that it would be contrary to the legislative policy of ensuring the expeditious resolution of workplace disputes through arbitration to permit the Commission to reopen issues that had already been resolved in that forum.

[67] Since no formal complaint was made by either of the respondents in the cases before me until after their grievances had been dismissed by the arbitrators, paragraph 41(a) does not apply here, and consequently it is unnecessary for me to address this issue.

[68] The aspect of the relationship between arbitral proceedings and complaints made under human rights legislation raised by the cases at bar is whether the doctrine of issue estoppel applies so as to prevent the Commission from investigating complaints that have already been the subject of an unsuccessful grievance.

[69] While the facts of these cases have much in common, there is one difference between them that I should note at this stage. The arbitrator in Mr. Nolan’s case did not consider whether he had been dismissed on the ground of disability, nor, of course, whether Canada Post had discharged its duty to accommodate a person with his disability. Mr. Nolan did not rely on Article 5.01 of the collective agreement between Canada Post and CUPW, which provides that there shall be no discrimination on specified grounds, including “physical or emotional handicap”. The basis of his grievance was that he had been dismissed for off-duty misconduct that was irrelevant to his ability to do his job satisfactorily. Canada Post argued that it was bad faith on the part of Mr. Nolan not to raise the disability issue before the arbitrator, especially since, when he first approached the Commission, Mr. Nolan was advised to pursue his complaint through the grievance procedure.

par une autre loi fédérale. Selon l’avocate, comme le législateur n’a pas employé l’expression «dans un premier temps» à l’alinéa 41a), c’est qu’il ne voulait pas que la Commission statue sur la plainte une fois celle-ci instruite au moyen de la procédure de règlement des griefs. À son avis, cette différence tient au fait que les tribunaux font preuve de réserve envers les sentences arbitrales et qu’il serait contraire à la politique législative consistant à garantir le règlement rapide des conflits de travail par voie d’arbitrage de permettre à la Commission de réexaminer des questions qui ont déjà été tranchées par un arbitre.

[67] Comme aucune plainte officielle n’avait été déposée par les défendeurs dans les affaires dont je suis saisi avant que les arbitres ne rejettent leurs griefs, l’alinéa 41a) ne s’applique pas en l’espèce et, partant, il est inutile que j’examine cette question.

[68] L’aspect du rapport que les présentes affaires établissent entre une procédure d’arbitrage et des plaintes déposées en vertu d’une loi sur les droits de la personne concerne la question de savoir si l’exception de chose jugée (*issue estoppel*) s’applique de manière à empêcher la Commission de mener une enquête sur des plaintes qui ont déjà été rejetées par des arbitres.

[69] Les faits à l’origine des présentes affaires ont beaucoup en commun, mais il convient de faire état à ce stade-ci d’un élément qui les distingue. L’arbitre qui a statué sur le grief de M. Nolan n’a pas examiné la question de savoir si celui-ci avait été congédié à cause d’une déficience ni, évidemment, la question de savoir si Postes Canada s’était acquittée de son obligation de tenir compte de la situation d’une personne ayant sa déficience. M. Nolan n’a pas invoqué la disposition 5.01 de la convention collective entre Postes Canada et le SPC, qui dispose qu’il est convenu qu’il ne doit pas y avoir de discrimination fondée sur les motifs qui y sont énumérés, notamment «un handicap physique [ou des] troubles affectifs». Son grief reposait sur le fait qu’il avait été congédié en raison d’une inconduite en dehors des heures de travail qui était sans rapport avec sa capacité de fournir un bon rendement au travail. Postes Canada a soutenu que M. Nolan avait fait preuve de mauvaise

[70] Mr. Barrette, on the other hand, did grieve Canada Post's refusal to restore him to his former position, and to reinstate his seniority rights; the arbitrator held that Canada Post had discharged its duty to accommodate Mr. Barrette's medical condition.

[71] Counsel for Canada Post did not assert that the respondents were barred by issue estoppel from investigating the complaint, because whether the doctrine applied to these cases would depend on a careful examination of all the circumstances. Rather, Ms. Rusak's objection was that the Commission took the view that issue estoppel was not relevant for the purpose of section 41. In her submission, the Commission exceeded its jurisdiction by deciding to investigate these complaints without first satisfying itself that Mr. Barrette was not simply seeking a second opportunity to relitigate an issue that had already been decided against him in another forum, and that Mr. Nolan was not seeking an opportunity to raise an issue before the Commission that he could and should have raised before the arbitrator.

[72] Important and difficult issues are raised by the question of whether, and in what circumstances, a person should be prevented from relitigating essentially the same issue before tribunals with concurrent jurisdiction that operate under different mandates, from different perspectives and with different legal powers and procedures, and in proceedings involving different parties. In the context of human rights legislation, the essence of the problem is to balance the minimization of the costs of duplicative administrative proceedings against the need to ensure that the statutory bodies with primary responsibility for pursuing the public policy objective of reducing discrimination, here, the Commission and the Tribunal, are not prevented from discharging their mandate.

foi en ne soulevant pas la question de la déficience devant l'arbitre, surtout que lorsque M. Nolan a communiqué avec la Commission pour la première fois, on lui avait conseillé de donner suite à sa plainte en ayant recours à la procédure de règlement des griefs.

[70] En revanche, M. Barrette a contesté dans son grief le refus de Postes Canada de le rétablir dans ses anciennes fonctions et de lui redonner les droits que lui conférerait son ancienneté; l'arbitre a soutenu que Postes Canada s'était acquittée de son obligation de tenir compte de l'état de santé de M. Barrette.

[71] L'avocate de Postes Canada n'a pas affirmé que les plaintes des défendeurs ne pouvaient pas faire l'objet d'une enquête à cause de l'exception de chose jugée, parce que la question de savoir si cette exception s'appliquait dépendait d'un examen approfondi de toutes les circonstances. M<sup>e</sup> Rusak a plutôt fait valoir que la Commission avait adopté le point de vue que l'exception de chose jugée n'était pas pertinente pour l'application de l'article 41. Selon elle, la Commission a outrepassé sa compétence en décidant d'enquêter sur ces plaintes sans être d'abord convaincue que M. Barrette ne cherchait pas tout simplement à avoir de nouveau la possibilité de plaider une question à l'égard de laquelle un arbitre avait déjà rendu une décision défavorable, et que M. Nolan ne cherchait pas à soulever devant la Commission une question qu'il aurait pu et aurait dû soulever devant l'arbitre.

[72] Des questions importantes et difficiles sont soulevées par la question de savoir si et dans quelles circonstances une personne devrait être empêchée de plaider à nouveau essentiellement la même question devant des tribunaux qui ont une compétence commune, dont les mandats et les points de vue sont différents, qui exercent des pouvoirs légaux différents, dont la procédure n'est pas la même et dans des instances qui ne mettent pas en cause les mêmes parties. Dans le contexte de la législation sur les droits de la personne, la principale difficulté consiste à considérer la réduction des coûts entraînés par des procédures administratives qui font double emploi en fonction de la nécessité de s'assurer que les organismes d'origine législative qui sont responsables au premier chef de



l'atteinte de l'objectif d'intérêt public consistant à réduire la discrimination, en l'espèce la Commission et le Tribunal, ne sont pas empêchés d'accomplir leur mandat.

[73] As counsel pointed out, the courts have recently demonstrated a concern to reduce the possibility of multiple claims in cases in which a matter appears to be within the jurisdiction of both the courts and an administrative agency. For instance, in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929 it was held that a court had no original jurisdiction over a claim that the plaintiff's 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 had been infringed by the defendant, his employer, because the allegation if true, would have been a breach of the terms of a collective agreement and should have been pursued through arbitration. If dissatisfied with the arbitrator's award, the plaintiff's remedy would be to seek judicial review, not to launch a separate proceeding in court. The Court relied for this conclusion on the clauses in the labour relations statute conferring exclusive jurisdiction on arbitrators and rendering their awards final and binding.

[74] Similarly, in *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), it was held that the plaintiff was barred by issue estoppel from pursuing a claim for damages for wrongful dismissal by a decision of an employment standards officer who had dismissed a claim based on the same facts that he had made under the *Employment Standards Act* [R.S.O. 1980, c. 137]. In this case, unlike *Weber*, the courts and the employment standards officer had concurrent jurisdiction, so that the claimant could have decided to pursue his contractual claim, rather than his statutory remedy. However, having elected the latter and received an adverse decision, he was estopped from pursuing a claim against the employer for breach of contract; his only redress was to seek judicial review of the officer's decision.

[73] Comme l'avocate l'a fait remarquer, les cours de justice se sont récemment montrées soucieuses de réduire la possibilité de demandes multiples dans des affaires dans lesquelles une question paraît relever de la compétence des cours de justice et d'un organisme administratif. Par exemple, dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, il a été statué qu'une cour de justice n'avait aucune compétence exclusive en première instance à l'égard d'une action fondée sur la violation par le défendeur (l'employeur) des droits que 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]] garantissait au demandeur parce que cette allégation, si elle était vraie, constituait une violation des dispositions d'une convention collective et devait être débattue dans le cadre d'un arbitrage. Si le demandeur était mécontent de la sentence arbitrale, son recours consisterait à demander un contrôle judiciaire, et non à intenter une action en justice. Pour tirer cette conclusion, la Cour s'est appuyée sur les dispositions d'une loi sur les relations du travail accordant une compétence exclusive aux arbitres et rendant leurs sentences définitives et exécutoires.

[74] De même, dans l'arrêt *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), il a été statué que le demandeur était empêché par l'exception de chose jugée d'intenter une action en dommages-intérêts pour congédiement injuste parce qu'un fonctionnaire en matière de normes d'emploi avait, dans une décision prise sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi* [L.R.O. 1980, ch. 137] rejeté une demande fondée sur les mêmes faits. Dans cette affaire, contrairement à l'affaire *Weber*, les tribunaux et le fonctionnaire concerné avaient une compétence concurrente, de sorte que le demandeur aurait pu décider d'intenter une action contractuelle au lieu d'exercer le recours prévu par la loi. Toutefois, comme il a choisi cette dernière voie et qu'il a obtenu une décision défavorable, il était dans l'impossibilité

[75] Counsel argued that, if the Court in *Weber* was prepared to hold that the plaintiff was not entitled to pursue a Charter claim in two separate and successive proceedings before the arbitrator and then in court, *a fortiori* the Commission should not be able to investigate a complaint of a breach of the CHRA without considering whether it had already been adequately disposed of in the arbitration proceeding. If dissatisfied with the arbitrator's award, Mr. Nolan's only remedy was an application for judicial review. This conclusion is supported by the general policy of curial deference extended to arbitral awards in recognition of the legislative objective that grievances should be resolved expeditiously, informally and inexpensively by arbitrators with an understanding of labour relations.

[76] I do not find these cases compelling on the issue before me. While they certainly indicate a judicial concern with avoiding the dangers of overlapping jurisdictions and duplicative litigation, they deal with a possible overlap between the jurisdiction of a court and an administrative agency, whereas this case concerns two administrative agencies. The effect of *Weber* is not, of course, to preclude a court from determining the Charter issue, but merely to route access to the court through the arbitrator, where the arbitrator's ruling would be reviewed on a standard of correctness. But to apply *Weber* by analogy to the cases at bar would have the effect of excluding the Commission from ever investigating a complaint that had been decided by an arbitrator, and referring it to a Tribunal for adjudication. Such a result would seem contrary to the statutory scheme, not least because the Commission has investigative powers and an experience in the area of human rights that arbitrators do not possess, as well as a quasi-constitutional statutory mandate to advance the public interest in combatting discrimination.

d'intenter une action contre son employeur pour rupture de contrat; son seul recours consistait à demander le contrôle judiciaire de la décision du fonctionnaire.

[75] L'avocate a soutenu que si la Cour dans l'arrêt *Weber* était disposée à statuer que le demandeur n'avait pas le droit de présenter une demande fondée sur la Charte dans deux instances successives et distinctes devant l'arbitre puis devant une cour de justice, à plus forte raison la Commission ne devrait pas pouvoir mener une enquête sur une plainte relative à une violation de la LCDP sans examiner la question de savoir si l'arbitre avait déjà statué correctement sur cette plainte. Si M. Nolan était mécontent de la sentence arbitrale, son seul recours consistait à déposer une demande de contrôle judiciaire. Cette conclusion est appuyée par l'attitude générale de réserve envers les sentences arbitrales, en reconnaissance de l'objectif législatif selon lequel les griefs devraient être réglés d'une manière simple, rapide et peu coûteuse par des arbitres spécialisés dans le domaine des relations du travail.

[76] Ces décisions ne me paraissent pas utiles pour trancher la question dont je suis saisi. Bien qu'elles reflètent indéniablement le souci des cours de justice d'éviter les écueils d'un chevauchement des compétences et de poursuites successives, elles se rapportent à un chevauchement possible entre la compétence d'une cour de justice et celle d'un organisme administratif, tandis que l'espèce concerne deux organismes administratifs. L'arrêt *Weber* n'a évidemment pas pour effet d'empêcher une cour de justice de se prononcer sur une question relative à la Charte, mais seulement de faire en sorte que l'accès à cette cour se fasse en passant par l'arbitre, en l'occurrence au moyen du contrôle de la décision de ce dernier selon la norme de la décision correcte. Toutefois, l'application de l'arrêt *Weber* par analogie aux présentes affaires aurait pour effet d'empêcher à jamais la Commission d'enquêter sur une plainte ayant été décidée par un arbitre et de renvoyer cette plainte à un tribunal pour qu'il statue sur celle-ci. Un tel résultat semblerait aller à l'encontre du texte législatif, notamment parce que la Commission possède des pouvoirs d'enquête et une expérience dans le domaine des droits de la personne que

[77] In *British Columbia v. Tozer*, [1998] B.C.J. No. 2594 (S.C.) (QL), MacKenzie J. thoroughly canvassed the relevant authorities and concluded that, under the applicable British Columbia legislation, a labour arbitrator's exclusive jurisdiction over disputes arising from a collective agreement does not extend to allegations of discrimination that constitute a breach of the Province's human rights legislation, and thus also fall within the jurisdiction of the statutory bodies established by it.

[78] In reaching this conclusion, he noted that the determination of human rights is tangential to the general jurisdiction of labour arbitrators over disputes arising from the collective agreement, whereas the investigation and adjudication of complaints of discrimination is at the very core of the statutory bodies' mandate. I agree with this reasoning. Moreover, courts have not extended the deference normally shown to arbitrators' interpretations of collective agreements when the arbitrator is interpreting the provisions of human rights legislation that are incorporated in the agreement: *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3, at page 12.

[79] Because of the public responsibilities conferred by legislatures on the statutory decision makers and the purpose-designed decision making process, there has been considerable reluctance to apply the doctrine of issue estoppel to the adjudication of human rights complaints by the specialist tribunals: see, for example, R. H. Abramsky, "The Problem of Multiple Proceedings: An Arbitrator's Perspective" *Labour Arbitration Yearbook* 1996-97, 45, at pages 46-54; Bernard Adell, "The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation" (1993), 1 *Can. Lab. Law J.* 46, at pages 56-67.

les arbitres n'ont pas, de même que le mandat quasi constitutionnel d'origine législative de promouvoir l'intérêt public dans sa lutte contre la discrimination.

[77] Dans l'affaire *British Columbia v. Tozer*, [1998] B.C.J. n° 2594 (C.S.) (QL), le juge MacKenzie a longuement analysé les décisions pertinentes et a conclu que, suivant les dispositions législatives applicables de la Colombie-Britannique, la compétence exclusive d'un arbitre en relations du travail à l'égard des différends découlant d'une convention collective ne s'étend pas aux allégations de discrimination faites en vertu de la législation provinciale sur les droits de la personne, qui relèvent donc aussi de la compétence des organismes d'origine législative constitués par celle-ci.

[78] Pour parvenir à cette conclusion, le juge a fait remarquer que le pouvoir de statuer sur des questions en matière de droits de la personne est accessoire à la compétence générale des arbitres en relations du travail à l'égard de différends régis par une convention collective, alors que la tenue d'une enquête sur une plainte de discrimination et le prononcé d'une décision à cet égard sont au cœur même du mandat des organismes de création législative. Je souscris à ce raisonnement. De plus, les cours de justice n'ont pas fait preuve de la réserve normalement exercée envers l'interprétation d'une convention collective lorsque l'arbitre interprète les dispositions d'une loi sur les droits de la personne qui sont incorporées dans la convention: *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, à la page 12.

[79] En raison des responsabilités publiques conférées par les législatures aux décideurs nommés par la loi et du processus décisionnel axé sur l'objet, on hésite beaucoup à appliquer l'exception de chose jugée au règlement des plaintes en matière de droits de la personne par des tribunaux spécialisés: voir, par exemple, R. H. Abramsky, «The Problem of Multiple Proceedings: An Arbitrator's Perspective», *Labour Arbitration Yearbook* 1996-97, 45, aux pages 46 à 54; Bernard Adell, «The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation» (1993) 1 *Can. Lab. Law J.* 46, aux pages 56 à 67.

[80] The case for applying the doctrine of issue estoppel at the section 41 stage, before the Commission has even investigated the complaint, seems to me to be even weaker. First, paragraph 41(a) shows that Parliament had in mind the possibility of overlap between the Commission and grievance procedures available to the complainant, and gave to the Commission a discretion not to investigate if the complainant had not exhausted them. If it had intended also to give the Commission a discretion not to investigate when those procedures had been exhausted, it would surely have said so, rather than leaving the issue to be dealt with under the general jurisdiction clause in paragraph 41(c).

[81] Second, on the assumption that a decision of an arbitrator can ever estop the Commission or the Tribunal from reinvestigating or deciding a matter, or a particular issue, it will only be possible to decide whether the doctrine should apply in a given case after a careful consideration of all the circumstances. These would include, the jurisdiction of the arbitrator and the remedies available; the adequacy of the investigation and representation by the union and the possible existence of labour relations considerations that are extraneous to the statutory investigation and adjudication of human rights complaints; and the identity of the issues and the parties.

[82] These do not seem to me the kinds of question that Parliament intended the Commission to decide before undertaking an investigation of a complaint on its merits. Section 41 is surely intended to enable the Commission to screen out cases that are obviously unmeritorious on their facts or in law, or should not otherwise be dealt with at that time. It would be both unduly burdensome and productive of unnecessary delay to require the Commission to engage at this preliminary stage of the process in the extensive investigation and assessment of issues of fact and law that might be necessary before it could determine

[80] L'argument voulant qu'on applique l'exception de chose jugée à l'étape de l'article 41, avant même l'ouverture de l'enquête, me semble encore moins convaincant. Premièrement, il ressort de l'alinéa 41a) que le législateur a songé à la possibilité d'un chevauchement entre la procédure de la Commission et la procédure de règlement des griefs ouverte au plaignant, et qu'il a accordé à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête si le plaignant n'a pas épuisé ce mécanisme de recours. Si le législateur avait également voulu donner à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête une fois que ce mécanisme a été épuisé, il l'aurait sûrement dit, au lieu de laisser la Commission se prononcer sur cette question en vertu de la disposition relative à la compétence générale prévue à l'alinéa 41c).

[81] Deuxièmement, en ce qui concerne l'hypothèse selon laquelle la décision d'un arbitre peut empêcher à jamais la Commission ou le tribunal de mener une nouvelle enquête ou de statuer sur une plainte ou sur une question particulière, c'est uniquement après un examen approfondi de toutes les circonstances qu'il sera possible de décider si l'exception de chose jugée devrait s'appliquer dans un cas donné. Parmi les questions à examiner, il y aurait la compétence de l'arbitre et les recours qui peuvent être exercés; la suffisance de l'enquête et la représentation par le syndicat et l'existence possible de considérations en matière de relations du travail qui sont étrangères à l'enquête prévue par la loi et au règlement des plaintes en matière de droits de la personne; et l'identité des questions en litige et des parties.

[82] Selon moi, il ne s'agit pas du genre de question que le législateur voulait que la Commission tranche avant d'ouvrir une enquête sur le bien-fondé d'une plainte. L'article 41 vise assurément à permettre à la Commission d'écarter les plaintes qui sont manifestement mal fondées quant aux faits ou en droit, ou sur lesquelles elle ne devrait normalement pas statuer à cette étape-là. Il serait à la fois indûment lourd et générateur de retards inutiles d'exiger de la Commission qu'elle procède à cette étape préliminaire de la procédure à l'enquête approfondie et à l'évaluation des questions de fait et de droit qui pourraient être néces-

whether to apply the doctrine of issue estoppel. This is a question that should be addressed, if at all, only after the Commission has investigated the complaint, when, “having regard to all the circumstances of the complaint” pursuant to subparagraphs 44(3)(a)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] and (b)(i) [as am. *idem*] of the CHRA, it may decide either to request an adjudication by the Tribunal when warranted, or to dismiss the complaint.

[83] I echo the sentiments expressed by Rothstein J. in *Canada Post Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1997), 130 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), where he said [at page 243] in connection with a section 41 challenge:

Because a decision not to deal with the complaint will summarily end a matter before the complaint is investigated, the Commission should only decide not to deal with a complaint at this stage in plain and obvious cases. The timely processing of complaints also supports such an approach. A lengthy analysis of a complaint at this stage is, at least to some extent, duplicative of the investigation yet to be carried out. A time consuming analysis will, where the Commission decides to deal with the complaint, delay the processing of the complaint.

[84] Finally, it would be particularly inappropriate to require the Commission to consider the application of issue estoppel to Mr. Nolan, who did not grieve his dismissal on the ground of discrimination by virtue of a disability, because this would raise yet another range of issues, such as why he did not rely on disability before the arbitrator, and whether it was reasonable for him not to have done so.

[85] In my view, therefore, the Commission may not refuse to investigate a complaint on the ground that the complainant has pursued the matter before a labour arbitrator, and that the arbitrator decided the grievance against the complainant. I find support for this conclusion in *Boudreault v. Canada (Attorney General)* (1995), 99 F.T.R. 293 (F.C.T.D.), where Tremblay-Lamer J. held that the Commission had wrongly refused to deal with a complaint when it

saires avant qu'elle soit en mesure de décider s'il convient d'appliquer l'exception de chose jugée. C'est une question qui devrait être examinée, et encore, seulement après que la Commission a enquêté sur la plainte, lorsque, «compte tenu des circonstances relatives à la plainte», ainsi qu'il est prévu aux sous-alinéas 44(3)a)(i) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64] et b)(i) [mod., *idem*] de la LCDP, elle peut décider soit de renvoyer la plainte au tribunal si ce renvoi est justifié, soit de rejeter la plainte.

[83] Je partage les sentiments exprimés par le juge Rothstein dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1997), 130 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il a fait les remarques suivantes [à la page 243] dans le cadre d'une contestation fondée sur l'article 41:

Comme la décision de déclarer la plainte irrecevable clôt le dossier sommairement avant que la plainte ne fasse l'objet d'une enquête, la Commission ne devrait déclarer une plainte irrecevable à cette étape que dans les cas les plus évidents. Le traitement des plaintes en temps opportun justifie également cette façon de procéder. Une analyse fouillée de la plainte à cette étape fait, dans une certaine mesure du moins, double emploi avec l'enquête qui doit par la suite être menée. Une analyse qui prend beaucoup de temps retardera le traitement de la plainte lorsque la Commission décide de statuer sur la plainte.

[84] Enfin, il serait particulièrement inapproprié d'exiger de la Commission qu'elle envisage d'appliquer l'exception de chose jugée à M. Nolan, qui n'a pas fait valoir devant l'arbitre qu'il avait été congédié pour un motif de distinction illicite, soit la déficience, parce que cela soulèverait encore une autre série de questions comme la raison pour laquelle il n'a pas invoqué la déficience devant l'arbitre et s'il était raisonnable de ne pas l'avoir fait.

[85] À mon avis, donc, la Commission ne peut pas refuser d'enquêter sur une plainte au motif que le plaignant a exercé un recours devant un arbitre en relations du travail et que son grief a été rejeté. Je suis conforté dans ma décision par l'affaire *Boudreault c. Canada (Procureur général)* (1995), 99 F.T.R. 293 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a statué que la Commission avait eu tort de refuser de statuer sur une plainte après avoir

based its decision, not on an assessment of the complaint, but on the fact that the complaint had already been the subject of a determination by an appeal board established under section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (as amended).

[86] Paragraph 41(d) of the CHRA enables the Commission to refuse to deal with a complaint that has been the subject of an arbitration if the complaint appears to it to be trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith. And where it considers it appropriate, the Commission may rely on the findings made by the arbitrator, and the evidence on which they are based, without investigating every issue from scratch. Thus, in *Charlebois v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission)*, [1998] F.C.J. No. 1335 (T.D.) (QL), Campbell J. held that the Commission had not breached its duty to investigate a complaint thoroughly because the investigator had chosen to rely on witness statements made in the context of a proceeding before the Canada Labour Relations Board.

[87] For these reasons Canada Post's application for judicial review is dismissed.

fait reposer sa décision non pas sur une évaluation de la plainte mais sur le fait que la plainte avait déjà fait l'objet d'une décision par un comité d'appel mis sur pied en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (modifiée).

[86] L'alinéa 41d) de la LCDP permet à la Commission de refuser de statuer sur une plainte qui a fait l'objet d'un arbitrage si cette plainte semble futile, frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi. De plus, si elle l'estime opportun, la Commission peut s'appuyer sur les conclusions de l'arbitre et sur la preuve sur laquelle reposent ces conclusions, sans reprendre l'enquête sur chaque question depuis le début. Ainsi, dans l'affaire *Charlebois c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (re Commission de transport régional d'Ottawa-Carleton)*, [1998] F.C.J. n° 1335 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Campbell a statué que la Commission n'avait pas manqué à son obligation de mener une enquête approfondie sur la plainte parce que l'enquêteur avait décidé de s'appuyer sur des déclarations faites par des témoins dans le cadre d'une instance devant le Conseil canadien des relations du travail.

[87] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire de Postes Canada est rejetée.

T-9-98

T-9-98

**Barbara Hager (Plaintiff)****Barbara Hager (demanderesse)**

v.

c.

**ECW Press Ltd., Dallas Williams and General Distribution Services Limited (Defendants)****ECW Press Ltd., Dallas Williams et General Distribution Services Limited (défendeurs)****INDEXED AS: HAGER v. ECW PRESS LTD. (T.D.)****RÉPERTORIÉ: HAGER c. ECW PRESS LTD. (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 8, 9, 10 and 24; Ottawa, December 21, 1998.

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 8, 9, 10 et 24 septembre; Ottawa, 21 décembre 1998.

*Copyright — Infringement — Plaintiff writing book on well known Aboriginal Canadians — Alleging major passages from chapter of book on singer Shania Twain incorporated into defendants' book about same performer, infringing copyright — Chapter based on interviews with Twain — No permission given for copied excerpts — Substantial amount of work taken — Case law on quotations from interviews reviewed — F.C.A. decision in Tele-Direct not realigning Canadian copyright law from U.K. to U.S.A. — Not intending significant departure from pre-existing law — Copyright not covering facts — Fair dealing exception in Copyright Act, ss. 29, 29.1, 29.2 not applicable — Use of plaintiff's work not made for purpose of research, criticism — Evidence concerning industry practice confused, unreliable — "Industry practice" not sanctioning copyright breaches — Defendants breaching plaintiff's copyright, liable to damages under Act, s. 35.*

*Droit d'auteur — Violation — La demanderesse a écrit un livre sur des Autochtones canadiens célèbres — Elle allègue que le livre des défendeurs sur la chanteuse Shania Twain renferme d'importants passages tirés d'un chapitre de son livre sur cette artiste, portant ainsi atteinte à son droit d'auteur — Le chapitre en cause était fondé sur des entrevues avec M<sup>me</sup> Twain — Aucune permission n'a été accordée à l'égard des extraits reproduits — Une partie importante de l'œuvre a été plagiée — Examen de la jurisprudence relative aux citations tirées d'entrevues — L'arrêt de la C.A.F. rendu dans Télé-Direct n'a pas fait passer le droit d'auteur canadien de son alignement antérieur sur le droit du Royaume-Uni à un alignement sur celui des États-Unis — Cet arrêt ne visait pas à s'écarter substantiellement de la jurisprudence antérieure — Le droit d'auteur ne vise pas les faits — L'exception relative à l'utilisation équitable prévue aux art. 29, 29.1 et 29.2 de la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique pas — L'utilisation de l'œuvre de la demanderesse n'a pas été faite aux fins de recherche ou de critique — La preuve concernant la pratique de l'industrie était confuse et peu fiable — La «pratique de l'industrie» ne peut sanctionner des violations du droit d'auteur — Les défendeurs ont violé le droit d'auteur de la demanderesse et sont tenus, en vertu de l'art. 35 de la Loi, de verser des dommages-intérêts.*

This was an action claiming damages for copyright infringement in which the plaintiff alleged that 16 major passages from a chapter of her work, *Honour Song: a Tribute*, were incorporated by the defendants into their work titled *Shania Twain: On My Way*. In 1996, the plaintiff's work on well known Aboriginal Canadians was published. Her work contained a nine-page chapter on Shania Twain, based primarily on her interviews with the country music star. At about the same time, Michael Holmes (using the pseudonym Dallas Williams) was asked by a publisher, ECW Press Ltd., to write a book about Shania Twain. The terms of the contract that Holmes signed with the publisher required him, at his expense, to secure permissions to use any copyrighted materials. Neither he nor his publisher sought permission from the plaintiff to use any part of *Honour Song*. In July 1998 another publisher, McClelland-

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour violation du droit d'auteur dans le cadre de laquelle la demanderesse allègue que le livre des défendeurs intitulé *Shania Twain: On My Way* renferme 16 passages importants tirés d'un chapitre de son livre intitulé *Honour Song: a Tribute*. Le livre de la demanderesse sur des Canadiens autochtones célèbres a été publié en 1996. Ce livre renfermait un chapitre de neuf pages sur Shania Twain fondé principalement sur ses entrevues avec la vedette de musique country. À la même époque à peu près, un éditeur, ECW Press Ltd., a demandé à Michael Holmes (dont le pseudonyme est Dallas William) d'écrire un livre sur Shania Twain. Les conditions du contrat que Holmes avait signé avec l'éditeur exigeaient qu'il obtienne, à ses frais, la permission d'utiliser tout document protégé par un droit d'auteur. Ni Holmes ni son éditeur n'ont demandé à la demanderesse la permission

Bantam Inc., released a smaller paper-back version of the Holmes book in which many of the passages that the plaintiff claimed constituted an infringement of her copyright had been deleted or modified. This case raised a number of issues, namely: (1) whether copyright infringement resulted from the use made of plaintiff's work; (2) the applicability of the case law invoked by the parties; (3) the fair dealing exception; (4) the defendants' argument based on industry practice and (5) quantum of damages.

*Held*, the action should be allowed.

(1) Copyright is defined in the *Copyright Act* as the right to produce or reproduce a work or any substantial part thereof. Infringement exists when the work is copied either exactly or by way of colourable imitation. The determination of whether a substantial part of a work has been taken is a question of fact. One-third of the plaintiff's chapter on Shania Twain was incorporated into the defendants' book. Other than the direct quotes of Shania Twain's words, it was not *verbatim* copying, but the same concepts, thought patterns and even sentence structure could be found. In terms of quantity and quality, a substantial and valuable part of the plaintiff's work was taken. As far as the motivation and effect of the taking are concerned, Holmes copied the plaintiff's work to save himself expense and labour and the taking was intentional. The effect of authorizing the copying of large portions of an individual's work would be to decrease an author's incentive to create. The use made by the defendants of the plaintiff's work constituted the copying of a substantial part of her work, either directly or by colourable imitation. With respect to the smaller version of the defendants' book, the copying did not constitute the taking of a substantial part of the plaintiff's work in light of the lesser quantity taken and the deletion of the direct quotes.

(2) Under Anglo-Canadian case law (namely *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd*, and *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.*), as far as private interviews are concerned, it is the person who reduces the oral statements to a fixed form that acquires copyright therein. That individual is considered to be the originator of the work. Most of the American case law respecting quotations from interviews relates to the fair use provisions of that country's copyright law. The defendants relied on the recent Federal Court of Appeal decision in *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.* in arguing that there was neither creativity nor originality on plaintiff's part in recounting the words used by Shania Twain during her interview. That decision, however, dealt with a compilation of data (a sub-compilation of the yellow pages of a tele-

d'employer quelque partie que ce soit du livre intitulé *Honour Song*. En juillet 1998, un autre éditeur, McClelland-Bantam Inc., a publié une édition en livre de poche du livre de Holmes dans lequel plusieurs des passages qui, selon la demanderesse, portent atteinte à son droit d'auteur, ont été supprimés ou modifiés. La présente affaire soulève un certain nombre de questions, à savoir: 1) l'utilisation qui a été faite de l'œuvre de la demanderesse a-t-elle entraîné la violation d'un droit d'auteur? 2) l'applicabilité de la jurisprudence invoquée par les parties; 3) l'exception relative à l'utilisation équitable; 4) l'argument des défendeurs fondé sur la pratique de l'industrie et 5) le montant des dommages-intérêts.

*Jugement*: l'action doit être accueillie.

1) La *Loi sur le droit d'auteur* définit le droit d'auteur comme le droit de produire ou de reproduire la totalité ou une partie importante d'une œuvre. Il y a contrefaçon lorsque l'œuvre est reproduite exactement ou par voie d'imitation déguisée. La question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été plagiée est une question de fait. Le tiers du chapitre de la demanderesse sur Shania Twain s'est retrouvé dans le livre des défendeurs. Sauf pour les citations directes des paroles de Shania Twain, ce n'était pas souvent du plagiat mot à mot, mais les mêmes idées et schèmes de pensée, voire les mêmes structures de phrase s'y retrouvaient. Du point de vue quantitatif et qualitatif, une partie importante et très valable de l'œuvre de la demanderesse a été plagiée. En ce qui concerne les motifs et les conséquences de l'emprunt, Holmes a plagié l'ouvrage pour s'épargner du temps et des efforts, et ce, intentionnellement. Le fait d'autoriser la reproduction de larges extraits de l'œuvre d'un auteur aurait pour effet de démotiver ce créateur. L'utilisation que les défendeurs ont faite de l'œuvre de la demanderesse constitue un plagiat d'une partie importante de son œuvre, directement ou par imitation déguisée. En ce qui concerne l'édition en livre de poche de l'ouvrage des défendeurs, vu la quantité moins importante de parties plagiées et la suppression des citations directes, la reproduction n'a pas constitué un plagiat d'une partie importante de l'œuvre de la demanderesse.

2) Selon la jurisprudence anglo-canadienne (soit *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd*, et *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.*), s'agissant des entrevues privées, c'est la personne qui consigne sous une forme permanente les déclarations orales qui acquiert le droit d'auteur sur celles-ci. Cette personne est considérée comme le créateur de l'œuvre. La majeure partie de la jurisprudence américaine concernant des citations tirées d'entrevues se rapportent aux dispositions relatives à l'utilisation équitable de la loi américaine sur le droit d'auteur. Les défendeurs se sont fondés sur le récent arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.* pour prétendre que la demanderesse n'a fait preuve ni de créativité ni d'originalité en rapportant les paroles prononcées par Shania Twain au cours de l'entrevue.



phone directory), an entirely different type of work from those at issue herein. Contrary to the defendants' argument, the *Tele-Direct* decision has not realigned Canadian copyright law from the United Kingdom to the United States. The statements in *Tele-Direct* were not intended to effect a major change in the pre-existing jurisprudence. The law as set out in *Express Newspapers* and *Gould Estate* is still the law.

(3) It is trite law that copyright does not cover facts. That was not an issue herein. The question in each case involves an assessment of the similarity of the form of expression in which the facts are conveyed, based on the particular facts of the case. Counsel for the defendants argued that the use made of the plaintiff's work fell under sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act* as being "fair dealing" for the purpose of research or criticism. The quality of a work is not relevant in assessing fair dealing. The most significant factor in interpreting what is meant by "research" in the Act is the fact that, unlike fair dealing for the purpose of criticism or review, or news reporting, there is no requirement that the source be identified. This indicates that the use contemplated by private study and research is not one in which the copied work is communicated to the public. As to the meaning of "for the purpose of criticism" in section 29.1 of the Act, it is not merely the text or composition of a work that may be the object of criticism but also the ideas set out therein. The use made of the quotations and paraphrases from the plaintiff's work was not for the purpose of doing research, nor was it for the purpose of criticizing either the text or the ideas in her book. The American cases cited by the defendants were unhelpful in that our law in this area is different from that of the United States.

(4) The evidence concerning industry practice was confused and unreliable. It could not be concluded from that evidence that there was an industry practice leading to an implied consent to the copying. It is doubtful that "industry practice" can sanction breaches of copyright. It may reflect no more than the economic impracticality, in many instances, of pursuing copyright infringement because of the costs involved. When assessing copyright protection, one must not dissect the work into fragments. It was not appropriate to fragment the plaintiff's work and treat the quotes as independent parts. Her work required skill, judgment and labour for its creation. The taking of parts of her text constituted neither fair dealing, nor could one imply consent as a result of an alleged practice in the industry. The plaintiff's copyright in her chapter "Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots" was infringed by Michael Holmes when he copied parts of it into his book.

Toutefois, cet arrêt traitait d'une compilation de données (une sous-compilation des pages jaunes d'un annuaire téléphonique), un type d'œuvre entièrement différent de celles qui sont en litige en l'espèce. Contrairement à ce que soutiennent les défendeurs, l'arrêt *Télé-Direct* n'a pas fait passer le droit d'auteur canadien de son alignement antérieur sur le droit du Royaume-Uni à un alignement sur celui des États-Unis. Les énoncés figurant dans l'arrêt *Télé-Direct* ne visaient pas à s'écarter substantiellement de la jurisprudence antérieure. Les règles de droit énoncées dans les décisions *Express Newspapers* et *Gould Estate* sont toujours valables.

3) Il n'est pas contesté que le droit d'auteur ne vise pas les faits. Cette question n'était pas pertinente en l'espèce. Dans chaque cas, il s'agit d'évaluer la similitude de la forme d'expression des faits en fonction des faits particuliers de l'espèce. L'avocat des défendeurs a soutenu que l'utilisation qui a été faite de l'œuvre de la demanderesse est visée par les articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* parce qu'il s'agit d'une «utilisation équitable» aux fins de recherche ou de critique. La qualité d'une œuvre n'est pas un facteur pertinent pour évaluer l'utilisation équitable. Le facteur le plus important pour interpréter le sens du mot «recherche» dans la Loi est le fait que, contrairement à l'utilisation équitable aux fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles, il n'est pas exigé que la source soit identifiée. Cela indique que l'utilisation visée par l'étude privée et par la recherche ne comporte pas la communication au public de l'œuvre reproduite. Pour ce qui est du sens des mots «aux fins de critique» de l'article 29.1 de la Loi, ce n'est pas simplement le texte ou la composition d'une œuvre qui peut faire l'objet d'une critique, mais aussi les idées qui y sont énoncées. L'utilisation qui a été faite des citations et des paraphrases tirées de l'œuvre de la demanderesse n'a pas été faite aux fins de recherche non plus qu'aux fins de critique du texte ou des idées de l'œuvre de la demanderesse. La jurisprudence américaine citée par les défendeurs n'était pas utile en raison de la différence qui existe entre notre droit et celui des États-Unis dans ce domaine.

4) La preuve concernant la pratique de l'industrie était confuse et peu fiable. D'après la preuve, la Cour ne pouvait conclure qu'il existait au sein de l'industrie une pratique qui menait au consentement implicite de la reproduction. Il est douteux que la «pratique de l'industrie» puisse sanctionner des violations du droit d'auteur. Tout au plus, une telle pratique ne saurait souvent refléter que l'impossibilité économique d'intenter des poursuites pour violation du droit d'auteur en raison des coûts que cela représente. Au moment d'évaluer la protection conférée par le droit d'auteur, il ne faut pas fragmenter l'œuvre en cause. Il ne convient donc pas de fragmenter l'œuvre de la demanderesse et de traiter les citations comme des parties indépendantes. Son œuvre nécessitait à la fois de l'habileté, du jugement et des efforts en vue de sa création. La reproduction de parties du texte de la demanderesse ne constituait pas une utilisation équitable, non plus qu'il est possible de présumer d'un consentement

(5) Section 35 of the *Copyright Act* is the provision applicable to the awarding of damages for copyright infringement. Where damages are difficult to assess, as in the case at bar, it is proper to make an award by assuming that there had been a reasonable fee paid by the defendant to the plaintiff for the use of her work. What constitutes a reasonable fee for permission to use part of a copyright work varies depending upon the quantity that is to be used and the purpose to which it will be put. Given the plaintiff's reluctance to allow her work to be used at all, the amount of \$9,000 could be considered as constituting a reasonable fee. As to whether the plaintiff should also be awarded a share of the defendants' profits, the Court was forced to accept as a starting point the admission that net revenues by ECW from Canadian sales and sales from United States and Europe were \$78,325. Deducting the expenses that have been proven from the admitted revenues left a profit of \$34,053 of which the plaintiff should receive 10%. The defendants were therefore required to pay the plaintiff \$12,405 as damages as well as the costs of her action.

à la reproduction découlant d'une soi-disant pratique au sein de l'industrie. Michael Holmes a porté atteinte au droit d'auteur que la demanderesse détient à l'égard de son chapitre intitulé «Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots», en reproduisant des extraits dans son livre.

5) L'article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* est la disposition applicable pour adjuger des dommages-intérêts découlant de la violation du droit d'auteur. Dans les cas où il est difficile d'évaluer les dommages-intérêts, comme en l'espèce, il convient d'adjuger une somme en présumant que le défendeur a versé des honoraires raisonnables à la demanderesse pour l'utilisation de son ouvrage. Ce qui représente des honoraires raisonnables pour obtenir la permission d'utiliser une partie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur varie selon l'importance de l'emprunt et l'usage auquel il est destiné. Vu l'hésitation de la demanderesse à autoriser que l'on utilise de quelque manière son œuvre, la somme de 9 000 \$ peut correspondre à des honoraires raisonnables. Pour ce qui est de savoir s'il convient d'adjuger aussi à la demanderesse une quote-part des bénéfices des défendeurs, la Cour a été contrainte de prendre comme point de départ l'aveu de ECW selon lequel ses revenus nets provenant des ventes au Canada et des ventes aux États-Unis et en Europe s'élevaient à 78 325 \$. Après déduction des revenus admis des dépenses prouvées, il restait 34 053 \$ dont la demanderesse devrait recevoir 10 %. Par conséquent, les défendeurs ont été tenus de verser à la demanderesse 12 405 \$ à titre de dommages-intérêts ainsi que les dépens de son action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "infringing" (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 3 (as am. *idem*, s. 3), 29 (as am. *idem*, s. 18), 29.1 (as am. *idem*), 29.2 (as am. *idem*), 35 (as am. *idem*, s. 20).  
*Copyright Act, 1842* (U.K.), 5 & 6 Vict. c. 45.  
*Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.  
*Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24.  
*Copyright, Designs and Patents Act 1988* (U.K.), 1988, c. 48, ss. 28, 29, 30.  
*Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994).  
*International Convention for the protection of literary and artistic works*, signed at Berne on the 9th September, 1886, and revised at Berlin on the 13th November, 1908, was further revised by the Copyright Convention which was signed at Rome on the 2nd June, 1928, R.S.C., 1985, c. 42, Sch. III.  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, [1994] Can. T.S. No. 2.  
*North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 53.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, [1994] R.T. Can n° 2.  
*Convention internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, signée à Berne le 9 septembre 1886, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, fut de nouveau révisée par la Convention du droit d'auteur signée à Rome le 2 juin 1928, L.R.C. (1985), ch. 42, annexe III.  
*Copyright Act, 1842* (R.-U.), 5 & 6 Vict., ch. 45.  
*Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46.  
*Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 48, art. 28, 29, 30.  
*Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994).  
*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24.  
*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 53.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 «contrefaçon» (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 3 (mod., *idem*, art. 3), 29 (mod., *idem*, art. 18), 29.1 (mod., *idem*), 29.2 (mod., *idem*), 35 (mod. *idem*, art. 20).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1985), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (F.C.T.D.); *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd.*, [1990] 3 All ER 376 (Ch. D.); *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.* (1996), 30 O.R. (3d) 520; 31 C.C.L.T. (2d) 224; 74 C.P.R. (3d) 206; 15 E.T.R. (2d) 167; 14 O.T.C. 136 (Gen. Div.); affd (1998), 161 D.L.R. (4th) 321; 80 C.P.R. (3d) 161 (Ont. C.A.).

## CONSIDERED:

*Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1998] 1 S.C.R. xv; *Walter v. Lane*, [1900] A.C. 539 (H.L.); *Sands & McDougall Proprietary Ltd. v. Robinson* (1917), 23 C.L.R. 49 (Aust. H.C.); *Rokeach v. Avco Embassy Pictures Corp.*, 197 U.S.P.Q. 155 (S.D.N.Y. 1978); *Suid v. Newsweek Magazine*, 503 F.Supp. 146 (D.C. Cir. 1980); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987); *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty. Ltd.* (1990), 37 F.C.R. 99 (F.C. Aust.); *Breen v. Hancock House Publishers Ltd.* (1985), 6 C.I.P.R. 129; 6 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.); *Slumber-Magic Adjustable Bed v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112; (1994), 3 C.P.R. (3d) 81 (B.C.S.C.); *Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch.D.).

## REFERRED TO:

*British Columbia Jockey Club et al. v. Standen* (1985), 22 D.L.R. (4th) 467; [1985] 6 W.W.R. 683; 66 B.C.L.R. 245; 8 C.P.R. (3d) 283 (C.A.); *Koch (C.P.) Ltd. Et al. v. Continental Steel Ltd. Et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 156 (B.C.S.C.); affd (1985), 4 C.P.R. (3d) 395 (B.C.C.A.); *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 111 S. Ct. 1282 (1991); *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818; [1931] 4 D.L.R. 533 (App. Div.); affg [1933] 1 D.L.R. 353 (P.C.); *Kartar Singh Giani v. Ladha Singh*, [1934] I.L.R. 16 Lah 103; *Matthewson v. Stockdale* (1806), 12 Ves. Jun. 270; 33 E.R. 103; *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966); *Norman v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 333 F.Supp. 788 (S.D.N.Y. 1971); *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601; *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (1975); *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731 (2nd Cir. 1991); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987); *Hublard v Vosper*, [1972] 1 All ER 1023 (C.A.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1985), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd.*, [1990] 3 All ER 376 (Ch. D.); *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.* (1996), 30 O.R. (3d) 520; 31 C.C.L.T. (2d) 224; 74 C.P.R. (3d) 206; 15 E.T.R. (2d) 167; 14 O.T.C. 136 (Div. gén.); conf. par (1998), 161 D.L.R. (4th) 321; 80 C.P.R. (3d) 161 (C.A. Ont.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. xv; *Walter v. Lane*, [1900] A.C. 539 (H.L.); *Sands & McDougall Proprietary Ltd. v. Robinson* (1917), 23 C.L.R. 49 (H.C. Aust.); *Rokeach v. Avco Embassy Pictures Corp.*, 197 U.S.P.Q. 155 (S.D.N.Y. 1978); *Suid v. Newsweek Magazine*, 503 F.Supp. 146 (D.C. Cir. 1980); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987); *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty. Ltd.* (1990), 37 F.C.R. 99 (F.C. Aust.); *Breen c. Hancock House Publishers Ltd.* (1985), 6 C.I.P.R. 129; 6 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Slumber-Magic Adjustable Bed v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112; (1994), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.); *Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch.D.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*British Columbia Jockey Club et al. v. Standen* (1985), 22 D.L.R. (4th) 467; [1985] 6 W.W.R. 683; 66 B.C.L.R. 245; 8 C.P.R. (3d) 283 (C.A.); *Koch (C.P.) Ltd. Et al. v. Continental Steel Ltd. Et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 156 (C.S.C.-B.); conf. par (1985), 4 C.P.R. (3d) 395 (C.A.C.-B.); *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 111 S. Ct. 1282 (1991); *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818; [1931] 4 D.L.R. 533 (Div. App.); conf. [1933] 1 D.L.R. 353 (P.C.); *Kartar Singh Giani v. Ladha Singh*, [1934] I.L.R. 16 Lah 103; *Matthewson v. Stockdale* (1806), 12 Ves. Jun. 270; 33 E.R. 103; *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966); *Norman v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 333 F.Supp. 788 (S.D.N.Y. 1971); *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601; *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (1975); *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731 (2nd Cir. 1991); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987); *Hublard v Vosper*, [1972] 1 All ER 1023 (C.A.).

## AUTHORS CITED

- Abrams, Howard B. "Originality and Creativity in Copyright Law" (1992), 55 *Law & Contemp. Prob.* 3.
- Allsebrook, David. "Originality is 'No Sweat': Originality in the Canadian Law of Copyright" (1992), 9 *Can. Intell. Prop. Rev.* 270; (1992), 9 R.C.P.I. 270.
- Dunlap K. "Copyright Protection for Oral Works: Expansion of the Copyright Law into the Area of Conversations" (1973), 20 *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.* 285.
- Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1967.
- Henderson G. F. *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Hirsch, Andrea S. "Copyrighting Conversations: Applying the 1976 Copyright Act to Interviews" (1981), 31 *Am. Univ. L. Rev.* 1071.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. "criticism" "research".
- Patry, William F., ed. *Latman's The Copyright Law*, 6th ed. Washington: Bureau of National Affairs, 1986.
- Ruhga, Vicki L. "Ownership of Interviews: A Theory for Protection of Quotations" (1988), 67 *Nebr. L. Rev.* 675.
- Samuelson, Pamela*. "The Originality Standard for Literary Works Under U.S. Copyright Law" (1994), 42 *Am. J. Comp. L.* 393.
- Siebrasse, N. "Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada" (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191.
- Tamaro, Normand. *The 1998 Annotated Copyright Act*. Scarborough, Ontario: Carswell, 1997.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks*. Concord, Ontario: Irwin Law, 1997.

ACTION for copyright infringement in which the plaintiff alleged that 16 major passages from a chapter of her book had been incorporated into defendants' book. Action allowed.

## APPEARANCES:

*Donald R. Colborne* for plaintiff.  
*Scott A. Turner* and *Daniel J. McLeod* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Donald R. Colborne*, Victoria, for plaintiff.

## DOCTRINE

- Abrams, Howard B. «Originality and Creativity in Copyright Law» (1992), 55 *Law & Contemp. Prob.* 3.
- Allsebrook, David. «Originality is "No Sweat": Originality in the Canadian Law of Copyright» (1992), 9 *Can. Intell. Prop. Rev.* 270; (1992), 9 R.C.P.I. 270.
- Dunlap K. «Copyright Protection for Oral Works: Expansion of the Copyright Law into the Area of Conversations» (1973), 20 *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.* 285.
- Fox, H. G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1967.
- Henderson G. F. *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Hirsch, Andrea S. «Copyrighting Conversations: Applying the 1976 Copyright Act to Interviews» (1981), 31 *Am. Univ. L. Rev.* 1071.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. «criticism» «research».
- Patry, William F., ed. *Latman's The Copyright Law*, 6th ed. Washington: Bureau of National Affairs, 1986.
- Ruhga, Vicki L. «Ownership of Interviews: A Theory for Protection of Quotations» (1988), 67 *Nebr. L. Rev.* 675.
- Samuelson, Pamela*. «The Originality Standard for Literary Works Under U.S. Copyright Law» (1994), 42 *Am. J. Comp. L.* 393.
- Siebrasse, N. «Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada» (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191.
- Tamaro, Normand. *The 1998 Annotated Copyright Act*. Scarborough, Ontario: Carswell, 1997.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks*. Concord, Ontario: Irwin Law, 1997.

ACTION en violation de droit d'auteur dans le cadre de laquelle la demanderesse allègue que le livre des défendeurs renferme 16 importants passages tirés d'un chapitre de son livre. Action accueillie.

## ONT COMPARU:

*Donald R. Colborne* pour la demanderesse.  
*Scott A. Turner* et *Daniel J. McLeod* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Donald R. Colborne*, Victoria, pour la demanderesse.

*Blake, Cassels and Graydon, Vancouver, for defendants.*

*Blake, Cassels and Graydon, Vancouver, pour les défendeurs.*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

[1] REED J.: This claim is brought by the plaintiff Barbara Hager against the defendants ECW Press Ltd., Dallas Williams (a pseudonym used by Michael Holmes) and General Distribution Services Limited. They are respectively the publisher, author, and distributor of a book entitled *Shania Twain: On My Way*. The plaintiff alleges that 16 major passages from a chapter of her book *Honour Song: a Tribute* were incorporated into the defendants' book, thereby infringing her copyright.

[1] LE JUGE REED: La présente demande est introduite par la demanderesse, Barbara Hager, contre les défendeurs, ECW Press Ltd., Dallas Williams (pseudonyme de Michael Holmes) et General Distribution Services Limited, respectivement, l'éditeur, l'auteur et le distributeur d'un livre intitulé *Shania Twain: On My Way*. La demanderesse allègue que le livre des défendeurs renferme 16 passages importants tirés d'un chapitre de son livre intitulé *Honour Song: a Tribute*, portant ainsi atteinte à son droit d'auteur.

#### Background Facts

#### Contexte

[2] In April 1996, Barbara Hager was in the process of writing a book about individuals of Canadian Aboriginal heritage who have become well known. She sought and was given time to interview the popular country singer and song writer Shania Twain. The book she was writing was eventually published in September 1996. It contained a nine-page chapter on Shania Twain, called "Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots".

[2] En avril 1996, alors qu'elle écrivait un livre sur des Canadiens célèbres d'ascendance autochtone, Barbara Hager a demandé et obtenu une entrevue avec la populaire chanteuse et compositrice country Shania Twain. Son livre, publié en septembre 1996, renfermait un chapitre de neuf pages sur Shania Twain intitulé «Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots».

[3] While the chapter on Shania Twain included information from a number of sources, it was based primarily on Barbara Hager's interviews with Shania Twain. These were private interviews in which no one else participated. The first was by telephone from Vancouver. The second was an in-person interview for which Ms. Hager flew to Los Angeles paying the necessary expenses. On this occasion she not only interviewed Shania Twain but also was allowed "to shadow" her for half a day, and then interview her for approximately two hours.

[3] Ce chapitre sur Shania Twain, qui contenait des renseignements provenant d'un certain nombre de sources, était principalement fondé sur des entrevues que Barbara Hager avait eues avec Shania Twain, des entrevues privées auxquelles personne d'autre n'avait participé. La première de ces entrevues a eu lieu au téléphone depuis Vancouver, tandis que la seconde s'est faite en personne, Hager ayant pris l'avion pour Los Angeles et payé les dépenses nécessaires. À cette occasion, elle a non seulement interviewé Shania Twain, mais elle a aussi été autorisée à la suivre pendant une demi-journée, pour ensuite l'interviewer pendant deux heures environ.

[4] Prior to both interviews Barbara Hager prepared questions that she wanted to ask in keeping with the theme of the chapter she planned to write. She took notes of the telephone conversation including the

[4] Avant ces deux entrevues, Barbara Hager a préparé des questions qu'elle voulait poser en rapport avec le thème du chapitre qu'elle prévoyait écrire. Elle a pris des notes lors de la conversation téléphonique,

responses to the prepared questions. She taped the in-person interview, with Ms. Twain's permission. In Barbara Hager's view the interview was a personal and unique interchange between her and Ms. Twain because they were of a similar age, came from similar backgrounds, and in their childhood and teen years had had similar experiences.

[5] At about the same time, April 1996, Mr. Lecker of ECW Press Ltd. approached Michael Holmes (Dallas Williams) and suggested that he write a book about Shania Twain. Mr. Holmes was a part-time employee of ECW Press Ltd.; he was the poetry editor. While ECW Press Ltd. was originally a publisher of primarily scholarly works, it had changed direction in recent years so that it was now also producing books for the popular commercial market. The book on Shania Twain was to be one such. It was described by Mr. Holmes, in June 1996, in some promotional material he wrote before he wrote the book, as "a detailed and revealing account of the life, passion, and determination behind Twain's Cinderella story."<sup>1</sup>

[6] Mr. Holmes collected as much published material as he could concerning Shania Twain and from it began putting together his book. He did few original interviews because he found people would charge. For example, David Hartt, a member of one of Twain's first teenage bands, wanted \$7,000 to be interviewed. Mr. Holmes states that he did not obtain a copy of Ms. Hager's book until May 5, 1997, at which time he incorporated parts of it into his book. Mr. Holmes kept no drafts of his text so exactly how and when it was prepared cannot be verified by references to drafts. He did not seek, nor did his publisher seek, permission from Ms. Hager or from her publisher Raincoast Books Distribution Inc. to use any part of *Honour Song*.

[7] Mr. Holmes submitted his manuscript to ECW Press Ltd. in July 1997. ECW Press Ltd. used a "Guidelines for Authors" pamphlet which contained

y compris les réponses aux questions qu'elle avait préparées. Avec la permission de Shania Twain, M<sup>me</sup> Hager a enregistré l'entrevue menée en personne. Selon M<sup>me</sup> Hager, l'entrevue a été un échange personnel et unique entre Shania Twain et elle-même parce que toutes deux étaient du même âge, avaient des antécédents similaires et avaient vécu des expériences semblables durant leur enfance et leur adolescence.

[5] À la même époque à peu près, en avril 1996, M. Lecker, d'ECW Press Ltd., a communiqué avec Michael Holmes (Dallas Williams) pour lui proposer d'écrire un livre sur Shania Twain. M. Holmes était employé à temps partiel d'ECW Press Ltd. à titre de rédacteur de poèmes. À l'origine, ECW Press Ltd. était principalement un éditeur d'ouvrages érudits. Au cours des dernières années, elle s'était réorientée et publiait dorénavant des livres destinés au marché commercial populaire. Le livre sur Shania Twain visait ce marché. En juin 1996, dans un document publicitaire, M. Holmes a décrit son projet de livre comme un [TRADUCTION] «compte rendu détaillé et révélateur de la vie, de la passion et de la détermination qui se cachent derrière la Cendrillon Twain»<sup>1</sup>.

[6] Après avoir recueilli autant de documents publiés qu'il le pouvait sur Shania Twain, M. Holmes a commencé la rédaction de son livre. Il a réalisé peu d'entrevues originales parce qu'il a découvert que les personnes qu'il voulait interviewer exigeaient de l'argent. Par exemple, David Hartt, membre d'un des premiers groupes de jeunes dont Shania Twain a fait partie, demandait 7 000 \$ pour une entrevue. M. Holmes dit n'avoir obtenu un exemplaire du livre de M<sup>me</sup> Hager que le 5 mai 1997, après quoi il en a intégré des parties dans son propre livre. M. Holmes n'a conservé aucun brouillon de son texte, et il n'est donc pas possible de vérifier exactement comment et quand son texte a été préparé en consultant des brouillons. Ni M. Holmes ni son éditeur n'ont demandé à M<sup>me</sup> Hager ou à son éditeur, Raincoast Books Distribution Inc., la permission d'employer quelque partie que ce soit du livre intitulé *Honour Song*.

[7] M. Holmes a soumis son manuscrit à ECW Press Ltd. en juillet 1997. Cette maison d'édition utilisait un dépliant intitulé [TRADUCTION] «Lignes directrices à

the following statement:

Permissions for nonvisual material. You will need to request permission to quote any published material that is still under copyright if your quotation exceeds "fair use" guidelines (quoting in order to illustrate or amplify a critical point). [Exhibit 4(32), page 6.]

Mr. Lecker said this wording might have been derived from something that he had written for use in the U.S.A. The terms of the contract that Mr. Holmes signed with ECW Press Ltd. required him, at his expense, to secure permissions to use any copyrighted materials. The only permissions he sought related to his use of photographs in the book.

[8] Barbara Hager purchased a copy of the Holmes (Williams) book on December 1, 1997. On noting the similarities between parts of its text and her own, she contacted her publisher to see if permission had been given for such use. When she was told that it had not she contacted her literary agent, Carolyn Swayze, who in turn contacted Mr. Lecker.

[9] Ms. Hager subsequently wrote to Mr. Lecker setting out her complaints. These are essentially the ones that constitute the basis of the present action:

I'm sending you the 19 pages in Williams' book that contain excerpts from my chapter on Shania Twain in *Honour Song*. I'm also sending you a copy of my chapter which cross-references the sections that were reprinted in the Williams book. Almost every single direct quote from my interview with Twain that was in *Honour Song*, appears in the ECW book. In addition, a significant amount of the narrative portions in my book appear in the Williams book, however, they have undergone varying degrees or rewriting from the original manuscript. In some cases, the "paraphrased sections" (as in the section on Shania's relationship to Canadian singer Lawrence Martin on page 127) have only a few words changed from my version, and even have the same sentence structure. I consider this reuse of my writing to constitute plagiarism. [Exhibit 4(16).]

[10] The present action was commenced December 30, 1997, and at the same time the plaintiff moved for

l'intention des auteurs» qui renfermait l'énoncé suivant:

[TRADUCTION] Permissions relatives aux documents non visuels. Vous devrez demander la permission de citer tout document publié encore protégé par un droit d'auteur si votre citation dépasse les lignes directrices relatives à l'«usage équitable» (citer en vue d'illustrer ou de développer un point essentiel). [Pièce 4(32), page 6.]

Selon M. Lecker, il est possible que cet énoncé soit tiré d'un texte qu'il avait écrit pour fins d'utilisation aux États-Unis. Le contrat que M. Holmes avait signé avec ECW Press Ltd. exigeait qu'il obtienne, à ses frais, la permission d'utiliser tout document protégé par un droit d'auteur. Les seules permissions que ce dernier a demandées concernaient l'utilisation de photographies dans son livre.

[8] Barbara Hager a acheté un exemplaire du livre de Holmes (Williams) le 1<sup>er</sup> décembre 1997. Après avoir remarqué des similitudes entre des éléments de ce texte et le sien, elle a communiqué avec son éditeur pour savoir si cette utilisation avait été autorisée. Après s'être fait répondre que non, elle a communiqué avec son agent littéraire, Carolyn Swayze, qui a communiqué à son tour avec M. Lecker.

[9] Par la suite, M<sup>me</sup> Hager a écrit à M. Lecker pour exposer ses doléances. Il s'agit essentiellement de celles qui constituent le fondement de la présente action:

[TRADUCTION] Je vous transmets les 19 pages du livre de M. Williams qui renferment des extraits du chapitre sur Shania Twain de mon livre intitulé *Honour Song*. Je vous transmets aussi une copie de mon chapitre contenant des renvois aux passages qui ont été reproduits dans le livre de M. Williams. Presque toutes les citations directes de mon entrevue avec Shania Twain qui figuraient dans *Honour Song* apparaissent dans le livre d'ECW. De plus, une partie importante des sections narratives de mon livre figurent dans le livre de M. Williams, mais elles ont été réécrites à des degrés divers par rapport au manuscrit original. Dans certaines «sections paraphrasées» (comme dans celle portant sur la relation entre Shania Twain et le chanteur Lawrence Martin, à la page 127), seuls quelques mots ont été changés par rapport à ma version, et la structure de phrase est identique. Je considère que cette réutilisation de mon œuvre constitue un plagiat. [Pièce 4(16).]

[10] Le 30 décembre 1997, la demanderesse a intenté la présente action et présenté une requête en

an interlocutory injunction. That motion was first scheduled to be heard on January 12, 1998. The defendants requested and were granted an adjournment for the purpose of preparing a response to the motion. The motion was rescheduled for hearing on February 27, 1998. It was not fully argued on its merits at that time. The terms for an interim order, requiring the payment into Court of the gross proceeds from the sale of the book in Canada, were agreed upon by the parties and an order to that effect issued on April 22, 1998.

[11] Sometime around the end of 1997, the defendant ECW Press Ltd. had entered into an agreement with McClelland-Bantam Inc. pursuant to which the latter would publish and distribute a smaller paperback version of the Holmes (Williams) book, referred to as the “seal edition”. The date of the agreement is unknown because the defendants have only found it possible to produce an undated copy. Under the agreement, publication was to be no earlier than June 1998. ECW would retain the copyright, and royalties were to be paid to ECW. The defendants did not disclose to the plaintiff or the Court this planned mass marketing by McClelland-Bantam of the “seal edition”.

[12] In July 1998 (or perhaps earlier), the mass market paperback edition of the Holmes (Williams) book was released; many of the passages that the plaintiff claimed constituted an infringement of her copyright had been deleted or modified in that version. Among the changes was the addition of a reference to the source of Mr. Holmes’ statements about songwriter Lawrence Martin—statements that Barbara Hager had identified in her letter to Mr. Lecker as one of the “paraphrased sections” of her work that even retained the same sentence structure as her own. The source Mr. Holmes cited in the seal edition for this information was a magazine article in *Maclean’s*. That article contains no reference to Shania Twain.

[13] With respect to the evidence, I have to note that neither Mr. Lecker nor Mr. Holmes left me with the impression that their evidence was reliable. For

injonction interlocutoire. La date d’audition de cette requête a d’abord été fixée au 12 janvier 1998. Les défendeurs ont demandé et obtenu un ajournement afin de préparer une réponse à la requête. La nouvelle date d’audition de la requête a été fixée au 27 février 1998 mais les plaidoiries complètes au fond n’ont pas eu lieu à cette date. Les parties se sont entendues sur les termes d’une ordonnance provisoire exigeant que soit déposé auprès de la Cour le produit brut de la vente du livre au Canada, et une ordonnance à cet effet a été rendue le 22 avril 1998.

[11] Vers la fin de 1997, la défenderesse, ECW Press Ltd., a conclu avec McClelland-Bantam Inc. une entente en vertu de laquelle cette dernière devait publier et distribuer une version «livre de poche» de l’ouvrage de Holmes (Williams), appelée l’«édition de seal». La date de l’entente n’est pas connue parce que les défendeurs n’ont pu qu’en produire une copie non datée. Aux termes de cette entente, le livre devait être publié au plus tôt en juin 1998. ECW conserverait le droit d’auteur, et des redevances lui seraient versées. Les défendeurs n’ont pas divulgué à la demanderesse ou à la Cour ce projet de commercialisation de masse de l’«édition de seal» par McClelland-Bantam.

[12] En juillet 1998, ou peut-être plus tôt, l’édition «livre de poche» de l’ouvrage de Holmes (Williams) destinée au marché de masse a été publiée. Dans cette version, plusieurs des passages qui, selon la demanderesse, portent atteinte à son droit d’auteur, ont été supprimés ou modifiés. Au nombre de ces changements figure l’ajout d’une indication de la source des passages du texte de M. Holmes portant sur le chanteur Lawrence Martin—passages que Barbara Hager a identifiés dans sa lettre à M. Lecker comme faisant partie des «sections paraphrasées» de son ouvrage qui avaient même une structure de phrase identique à la sienne. M. Holmes indique que, dans l’édition de seal, ces renseignements sont tirés d’un article paru dans le magazine *Maclean’s*, mais cet article ne parle pas du tout de Shania Twain.

[13] Pour ce qui est de la preuve, je dois souligner que ni M. Lecker ni M. Holmes ne m’ont donné l’impression que leur témoignage était fiable. Par



example, the inability to produce a dated copy of the agreement with McClelland-Bantam Inc. and the failure to disclose to the Court the planned publication and distribution of the seal edition of the book demonstrates the less than candid approach these defendants have taken to the Court and to this litigation.

#### Use Made of Ms. Hager's Work

[14] In order to illustrate the use that was made of Ms. Hager's work, I will set out four of the sixteen passages that form the basis of her claim of copyright infringement:

##### *Honour Song* (Raincoast)

When she was in grade 5, the principal at her school heard that she could sing and asked if she could perform at a parent-teacher program. "I remember telling him that I would need a microphone, a monitor, and a sound system. He didn't know how to respond. Then I told him to call my mother to schedule the performance." For some reason the performance didn't take place, but it was clear that by 10 years old music was more than a hobby to Twain. (*Honour Song*, Pages 12-13.)

... she smiles suddenly at something amusing that she remembers from her childhood. "My mom and dad used to laugh at me when I was a kid singing country music. My dad would say I was playing both the cowboy and the Indian because I'd wear a buckskin jacket and cowboy boots." (*Honour Song*, Page 19.)

"I don't like to talk to the media about growing up in a Native family because people tend to romanticize it. Some people want me to have grown up with braids and feathers in my hair. My family were hardworking people from Northern Ontario. We trapped and hunted. My grandparents taught me how to track and snare rabbits. But we watched television like everyone else." (*Honour Song*, Page 19.)

Not long after finishing high school, Twain teamed up with Cree singer and songwriter Lawrence Martin, who has also become a

exemple, l'incapacité de produire une copie datée de l'entente conclue avec McClelland-Bantam Inc. et l'omission de divulguer à la Cour le projet de publication et de distribution de l'édition de seal dénotent l'attitude peu sincère de ces défendeurs à l'égard de la Cour et du présent litige.

#### Utilisation de l'œuvre de M<sup>me</sup> Hager

[14] Pour illustrer l'utilisation qui a été faite de l'œuvre de M<sup>me</sup> Hager, je reproduis ici quatre des 16 passages sur lesquels cette dernière se fonde pour prétendre qu'il y a eu atteinte à son droit d'auteur:

##### *On My Way* (ECW Press)

As a musician, Shania grew up fast. Another incident occurred while she was still in grade school that demonstrates both how quickly she was able to revive her self-confidence and how incredibly professional she was for her age. While she was still in grade 5, her school principal invited her to perform at a parent-teacher event. Shania agreed, then laid out some stipulations. "I remember telling him," she says, "that I would need a microphone, a monitor, and a sound system. He didn't know how to respond. Then I told him to call my mother to schedule the performance" (Hager). For one reason or another—Shania can't remember—she didn't end up participating. It is clear, though, that even as a ten-year-old Shania was already taking her career very seriously. (*On My Way*, Page 48.)

... Shania recalls, with one of her radiant smiles, "My dad would say I was playing both the cowboy and the Indian because I'd wear a buckskin jacket and cowboy boots" (Hager). (*On My Way*, Page 74.)

... "I don't like to talk to the media about growing up in a Native family," she told Barbara Hager, a Native interviewer, "because people tend to romanticize it. Some people want me to have grown up with braids and feathers in my hair. My family were hardworking people from Northern Ontario. We trapped and hunted. ... But we watched television like everyone else." (*On My Way*, Page 76.)

successful Canadian recording artist. They performed around Ontario and as far away as British Columbia. (*Honour Song*, Page 15.)

Shortly after graduating from high school, she had hooked up with Cree singer—songwriter Lawrence Martin, now a successful Canadian recording artist in his own right. Together they played gigs in Ontario, and even found themselves filling venues as far away as British Columbia. (*On My Way*, Page 127.)

### Copyright Infringement

Copyright is defined in the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, as the right to produce or reproduce a work or any substantial part thereof.<sup>2</sup> Infringement exists when the work is copied either exactly or by way of colourable imitation.<sup>3</sup>

[15] Professor Vaver in his text, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks* (Concord, Ont.: Irwin Law, 1997), at pages 80-83, has a useful discussion of the jurisprudence relating to what constitutes a “substantial” taking. An annotation is also found in the text by Normand Tamaro, *The 1998 Annotated Copyright Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), at pages 164-174. What will constitute a substantial taking must be assessed from both a quantitative and qualitative perspective. In *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.), at page 268, Mr. Justice Richard (as he then was) lists a number of factors that have been considered by the courts when assessing whether there has been a substantial taking:

- (a) the quality and quantity of the material taken;
- (b) the extent to which the defendant’s use adversely affects the plaintiff’s activities and diminishes the value of the plaintiff’s copyright;
- (c) whether the material taken is the proper subject-matter of a copyright;
- (d) whether the defendant intentionally appropriated the plaintiff’s work to save time and effort; and
- (e) whether the material taken is used in the same or a similar fashion as the plaintiff’s.

[16] Approximately one-third of Barbara Hager’s chapter on Shania Twain found its way into the ECW

### Violation du droit d’auteur

*La Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, définit le droit d’auteur comme le droit de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante d’une œuvre<sup>2</sup>. Il y a contrefaçon lorsque l’œuvre est reproduite exactement ou par voie d’imitation déguisée<sup>3</sup>.

[15] Dans son ouvrage intitulé *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks* (Concord, Ont.: Irwin Law, 1997), aux pages 80 à 83, le professeur Vaver présente un exposé utile sur la question de savoir ce qui constitue un emprunt «important». L’ouvrage de Normand Tamaro, intitulé *The 1998 Annotated Copyright Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), aux pages 164 à 174, renferme aussi une annotation à ce sujet. L’importance de l’emprunt doit être évaluée d’un point de vue tant quantitatif que qualitatif. Dans *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 268, le juge Richard (tel était alors son titre) énumère certains facteurs dont les tribunaux ont tenu compte pour déterminer s’il y avait eu emprunt important:

- a) la qualité et la quantité des parties plagiées;
- b) la gravité de l’atteinte que l’utilisation du défendeur a portée aux activités du demandeur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d’auteur s’en trouve diminuée;
- c) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d’auteur;
- d) la question de savoir si le défendeur s’est intentionnellement emparé de l’œuvre du demandeur pour épargner du temps et des efforts;
- e) la question de savoir si le défendeur utilise le document plagié de façon identique ou similaire au demandeur.

[16] Environ le tiers du chapitre de Barbara Hager sur Shania Twain s’est retrouvé dans le livre d’ECW.

book. Other than the direct quotes of Shania Twain's words, it was not often *verbatim* copying, but rather the rearranging of sentences, with additional material interspersed, while following the same concepts, thought patterns and sometimes sentence structure. Ms. Hager's reaction on reading the ECW book was that it appeared as though someone had scanned her work onto the computer and then switched the words and sentences around a bit, using a thesaurus to change some words. I doubt that the changes were sophisticated enough to require the use of a thesaurus but the conclusion I draw from the facts is that in terms of quantity, a substantial amount of her work was taken. In addition, the parts of her book that are most valuable to her were taken: the direct quotes from Shania Twain. I conclude that qualitatively a very valuable and significant part of her work was taken. I turn now to consider some of the other factors that the above-noted sources have indicated are relevant.

[17] The plaintiff's evidence was that she has been adversely affected by the defendant's copying of her work because she was forced to change the focus of a longer work she was writing on Shania Twain, and rewrite that book. At the same time, the book that she completed has apparently been very well received by the publisher and there are plans to incorporate the whole text of the in-person interview with Shania Twain into it as an appendix. Her work *Honour Song* does not directly compete with the ECW book. These last two factors are dealt with further when discussing damages, although as noted, the references cited to me suggest they are also relevant to whether the taking was substantial. In so far as the motivation and effect of the taking are concerned, there is no doubt that Mr. Holmes copied Barbara Hager's work for the purpose of saving himself expense and labour and that the taking was intentional. Also, I have no doubt that the effect of authorizing the copying of large portions of an individual's work in the fashion that occurred in this case would decrease an author's incentive to create.

Sauf pour les citations directes des paroles de Shania Twain, ce n'était pas souvent du plagiat mot à mot, mais plutôt un remaniement des phrases et l'ajout de texte, tout en suivant les mêmes idées et schèmes de pensée et en reprenant parfois une structure de phrase identique. À la lecture du livre d'ECW, M<sup>me</sup> Hager a eu l'impression que quelqu'un avait fait une lecture optique de son ouvrage pour ensuite remanier un peu les mots et les phrases à l'aide d'un dictionnaire analogique pour changer certains mots. Je doute que ces changements fussent assez subtils pour nécessiter l'usage d'un tel dictionnaire, mais la conclusion que je tire des faits est que, d'un point de vue quantitatif, une partie importante de son œuvre a été plagiée. De plus, les parties de son livre qui sont les plus valables pour elle ont été plagiées: il s'agit des citations directes de Shania Twain. Je conclus que, d'un point de vue qualitatif, une partie très valable et importante de son œuvre a été plagiée. Examinons maintenant certains des autres facteurs considérés comme pertinents dans les sources susmentionnées.

[17] Dans son témoignage, la demanderesse a dit que le fait que le défendeur a plagié son œuvre a eu une incidence défavorable sur elle parce qu'elle a été contrainte de modifier le sujet d'un ouvrage plus long qu'elle rédigeait sur Shania Twain et de réécrire ce livre. D'autre part, le livre qu'elle a terminé a apparemment reçu un accueil très favorable de l'éditeur et il est prévu d'y annexer le texte intégral de l'entrevue personnelle réalisée avec Shania Twain. Son ouvrage intitulé *Honour Song* ne fait pas directement concurrence au livre d'ECW. Ces deux derniers facteurs seront analysés plus en détail avec la question des dommages-intérêts, même si, comme il a été souligné, les sources qui m'ont été citées donnent à croire qu'ils sont pertinents aussi pour apprécier l'importance de l'emprunt. En ce qui concerne les motifs et les conséquences de l'emprunt, il est indubitable que M. Holmes a plagié l'ouvrage de Barbara Hager pour s'épargner du temps et des efforts, et ce, intentionnellement. En outre, je n'ai aucun doute que le fait d'autoriser la reproduction de larges extraits de l'œuvre d'un auteur comme cela a été le cas en l'espèce aurait pour effet de démotiver ce créateur.

[18] The determination of whether a substantial part of a work has been taken is a question of fact: *British Columbia Jockey Club et al. v. Standen* (1985), 22 D.L.R. (4th) 467 (B.C.C.A.), at pages 471-472 (Macdonald J.A.); *Koch (C.P.) Ltd. Et al. v. Continental Steel Ltd. Et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 156 (B.C.S.C.), at page 164 (Paris J.); affirmed by (1985), 4 C.P.R. (3d) 395 (B.C.C.A.) (Hinkson J.A.). I have set out in summary form the evidence and conclusions I reach that relate to most of the factors listed in Professor Vaver's text and in the *U & R Tax Services* case. In the context of this case, I consider the main factors that lead to a conclusion that a substantial part of the work was taken are the quantity of the material taken and the quality of that material (the direct quotes from Shania Twain). I conclude, on these facts, that the use made by the defendants of the plaintiff's work constituted the copying of a substantial part of that work (some directly, some by colourable imitation).

[19] I do not find it as easy to come to the same conclusion with respect to the seal edition. All the direct quotes were dropped from that edition and more than half of the colourable imitation sections were deleted completely. There are still passages that are clearly rearrangements (colourable imitations) of Ms. Hager's text, but I find it difficult to conclude in the light of the lesser quantity taken and the deletion of the direct quotes, that the copying constituted the taking of a substantial part of the work, and I do not do so.

[20] It is now necessary to assess the defendants' claim that no breach of copyright occurred because the direct quotations from Shania Twain are not the proper subject of copyright and the use made of Ms. Hager's work was "fair dealing".

#### Defendants' Position

[21] The defendants argue that, while Mr. Holmes took parts of Barbara Hager's book, this does not

[18] La question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été plagiée est une question de fait: *British Columbia Jockey Club et al. v. Standen* (1985), 22 D.L.R. (4th) 467 (C.A.C.-B.), aux pages 471 et 472 (le juge Macdonald); *Koch (C.P.) Ltd. Et al. v. Continental Steel Ltd. Et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 156 (C.S.C.-B.), à la page 164 (le juge Paris); confirmé par (1985), 4 C.P.R. (3d) 395 (C.A.C.-B.) (le juge Hinkson). J'ai exposé sommairement les éléments de preuve et mes conclusions qui se rapportent à la plupart des facteurs énumérés dans l'ouvrage du professeur Vaver et dans la décision *U & R Tax Services*. Dans le contexte de la présente affaire, je considère que les principaux facteurs menant à la conclusion qu'une partie importante de l'œuvre a été plagiée sont la quantité des parties plagiées et leur qualité (les citations directes de Shania Twain). Vu ces faits, je conclus que l'utilisation que les défendeurs ont faite de l'œuvre de la demanderesse constitue un plagiat d'une partie importante de cette œuvre (en partie directement, en partie par imitation déguisée).

[19] Il m'est plus difficile de tirer la même conclusion à l'égard de l'édition de seal, dans laquelle ont été omises toutes les citations directes et ont été entièrement supprimées plus de la moitié des sections qui constituent une imitation déguisée. Il subsiste encore des passages qui sont manifestement des remaniements (imitations déguisées) du texte de M<sup>me</sup> Hager, mais, vu la quantité moins importante de parties plagiées et la suppression des citations directes, j'estime qu'il est difficile de conclure que cette reproduction constitue un plagiat d'une partie importante de l'œuvre, et c'est pourquoi je m'abstiens de tirer une telle conclusion.

[20] Il est maintenant nécessaire d'évaluer la prétention des défendeurs selon laquelle il n'y a aucune violation du droit d'auteur parce que les citations directes de Shania Twain ne peuvent à juste titre faire l'objet d'un droit d'auteur et que l'utilisation de l'ouvrage de M<sup>me</sup> Hager constitue une «utilisation équitable».

#### Thèse des défendeurs

[21] Les défendeurs soutiennent que même si M. Holmes a reproduit des parties du livre de Barbara

constitute copyright infringement because he took mainly quotations of Shania Twain's words, words used by her in the interviews given to Ms. Hager. It is argued that such quotations are not subject to copyright. Furthermore, the defendants argue that Mr. Holmes only took facts, not the mode of expression in which those facts were recounted by Ms. Hager. Alternatively, counsel argues that Mr. Holmes' actions come within the fair dealing exception of sections 29 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 18] and 29.1 [as am. *idem*] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42. Lastly, it is argued that in any event, the practice in the industry is to condone such taking.

[22] The defendants rely heavily on the recent Federal Court of Appeal decision in *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (C.A.), leave to appeal denied, [1998] 1 S.C.R. xv. They argue that there was neither creativity nor originality on the part of Barbara Hager in recounting the words used by Shania Twain during the interview and therefore Ms. Hager cannot assert copyright therein. It is argued that the *Tele-Direct* decision has altered the pre-existing jurisprudence, if it ascribed copyright to the interviewer, and that it is now appropriate to consider the United States jurisprudence relating to originality for the purposes of the present fact situation.

[23] I will refer briefly (1) to some of the Anglo-Canadian jurisprudence upon which counsel for the plaintiff relied; (2) to some of the mainly American jurisprudence to which counsel for the defendants has referred; (3) to the *Tele-Direct* decision; (4) to the arguments relating to lack of copyright in facts; (5) to the fair dealing exception in sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act*; and (6) to the argument based on industry practice.

#### Quotations from Interviews—Anglo-Canadian Jurisprudence

[24] The Anglo-Canadian jurisprudence upon which counsel for the plaintiff relies is: *Walter v. Lane*,

Hager, cela ne constitue pas une violation du droit d'auteur parce qu'il n'a surtout emprunté que des citations des paroles de Shania Twain, des paroles que cette dernière a prononcées au cours des entrevues accordées à M<sup>me</sup> Hager. Les défendeurs prétendent que le droit d'auteur ne vise pas de telles citations. En outre, ils soutiennent que M. Holmes n'a emprunté que les faits, et non le mode d'expression par lequel M<sup>me</sup> Hager les a relatés. Subsidiairement, l'avocat des défendeurs soutient que les gestes de M. Holmes sont visés par l'exception relative à l'utilisation équitable prévue aux articles 29 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 18] et 29.1 [mod., *idem*] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42. Enfin, les défendeurs prétendent que, de toute manière, les intervenants de l'industrie ont l'habitude de fermer les yeux sur de telles pratiques.

[22] Les défendeurs se fondent en bonne partie sur un arrêt récent de la Cour d'appel fédérale, *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. xv. Ils prétendent que M<sup>me</sup> Hager n'a fait preuve ni de créativité ni d'originalité en rapportant les paroles prononcées par Shania Twain au cours de l'entrevue et qu'elle ne peut donc revendiquer un droit d'auteur sur celles-ci. Ils ajoutent que l'arrêt *Télé-Direct* a modifié la jurisprudence antérieure, qui attribuait censément le droit d'auteur à l'interviewer, et qu'il convient maintenant d'examiner la jurisprudence américaine en matière d'originalité pour les besoins de la présente situation factuelle.

[23] Je me reporterai brièvement: 1) à certaines décisions anglo-canadiennes invoquées par les avocats de la demanderesse; 2) à certaines décisions américaines que l'avocat des défendeurs a citées; 3) à l'arrêt *Télé-Direct*; 4) aux arguments concernant l'absence de droits d'auteur sur les faits; 5) à l'exception relative à l'utilisation équitable prévue aux articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*; et 6) à l'argument fondé sur la pratique de l'industrie.

#### Citations tirées d'entrevues—jurisprudence anglo-canadienne

[24] Les décisions anglo-canadiennes invoquées par l'avocat de la demanderesse sont les suivantes: *Walter*

[1900] A.C. 539 (H.L.); *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd*, [1990] 3 All ER 376 (Ch. D.); *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.* (1996), 30 O.R. (3d) 520 (Gen. Div.); affirmed by (1998), 161 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.). These cases demonstrate that under Anglo-Canadian law, in so far as private interviews are concerned, it is the person who reduces the oral statements to a fixed form that acquires copyright therein. That individual is considered to be the originator of the work.

[25] In *Walter v. Lane*, it was held that copyright in the verbatim reports of public speeches given by the Earl of Rosebery, that were taken down by reporters for *The Times*, belonged to the proprietors of *The Times*, the reporters having assigned their copyright to the proprietors. While counsel for the defendants argues that this is no longer good law for a number of reasons, one being that it pre-dates the 1911 amendment [1 & 2 Geo. 5, c. 46] to the U.K. *Copyright Act, 1842* [5 & 6 Vict., c. 45], at which time the word "original" was added to the Act, the jurisprudence does not support that contention. For example, in *Sands & McDougall Proprietary Ltd. v. Robinson* (1917), 23 C.L.R. 49 (Aust. H.C.) there is a discussion of the validity of *Walter v. Lane* in light of the 1911 amendments to the U.K. Copyright Act which were appended to the Australian Act.

[26] It was argued in *Sands & McDougall* that the law now required inventive ingenuity as well as authorship in the sense used in *Walter v. Lane*. The Australian High Court rejected the argument at page 55, quoting from *Walter v. Lane*: "[t]rue it is that the reporter was not the author of the speech; but he was the composer and author of the book . . . Without his brain and handiwork the book would never have had existence." The Court noted that the two expressions "author" and "original work" had always been correlative and that the dictionary definition of author was "the person who originates or gives existence to anything." The Court held that the *Copyright Act, 1911*, which was enacted in part to implement the Berlin Convention of 1908 [R.S.C., 1985, c. C-42, Sch. III], did not intend to alter the pre-existing law as set out in *Walter v. Lane*. In that context the reporter

*v. Lane*, [1900] A.C. 539 (H.L.); *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd*, [1990] 3 All ER 376 (Ch. D.); *Gould Estate v. Stoddard Publishing Co.* (1996), 30 O.R. (3d) 520 (Div. gén.); confirmé par (1998), 161 D.L.R. (4th) 321 (C.A. Ont.). Il appert de ces décisions qu'en droit anglo-canadien, s'agissant des entrevues privées, c'est la personne qui consigne sous une forme permanente les déclarations orales qui acquiert le droit d'auteur sur celles-ci. Cette personne est considérée comme le créateur de l'œuvre.

[25] Dans *Walter v. Lane*, il a été jugé que le droit d'auteur sur les comptes rendus intégraux des discours publics prononcés par le comte de Rosebery, qui avaient été pris en note par des journalistes du *Times*, appartenait aux propriétaires de ce journal, les journalistes leur ayant cédé leur droit d'auteur. Bien que l'avocat des défendeurs soutienne que cet arrêt ne s'applique plus pour un certain nombre de raisons, notamment le fait qu'il soit antérieur à la modification de 1911 [1 & 2 Geo. 5, ch. 46] par laquelle le mot «original» a été ajouté à la *Copyright Act, 1842* [5 & 6 Vict., ch. 45] du R.-U., la jurisprudence n'étaye pas cette prétention. Par exemple, dans *Sands & McDougall Proprietary Ltd. v. Robinson* (1917), 23 C.L.R. 49 (H.C. Aust.), on trouve un exposé sur la validité de l'arrêt *Walter v. Lane* à la lumière des modifications de 1911 à la Copyright Act qui ont été annexées à la Loi australienne.

[26] Dans l'affaire *Sands & McDougall*, on alléguait que la loi exigeait alors le génie créateur ainsi que la paternité au sens de *Walter v. Lane*. À la page 55, citant cet arrêt, la Haute Cour d'Australie a rejeté cet argument: [TRADUCTION] «il est vrai que le journaliste n'était pas l'auteur du discours; mais il était le compositeur et l'auteur du livre [. . .] Sans son cerveau et son travail, le livre n'aurait jamais vu le jour». La Cour a souligné qu'il y avait toujours eu corrélation entre les deux expressions «auteur» («*author*») et «œuvre originale» («*original work*») et que le dictionnaire définit le mot «auteur» comme [TRADUCTION] «la personne qui crée ou donne existence à une chose». La Cour a statué que la *Copyright Act, 1911*, édictée en partie pour mettre en œuvre la Convention de Berlin de 1908 [L.R.C. (1985), ch. C-42, ann. III], ne visait pas à modifier le

of the speech had been found to be the author of the report, and because it had not existed before, the reporter had “originated” the report.

[27] More recent jurisprudence has dealt with private interviews, a situation closer to that in issue in this case. In the *Express Newspapers* case, although the decision was based on another aspect of the dispute between the parties, the Court made it clear at pages 379 and 381 that it was the reporters who held the copyrights in the quotations taken down by them in the course of exclusive interviews they conducted with the respective celebrities they were writing about, not the interviewees:

Each of the original stories is made up of two elements. First, there is the news story as such; second, there are the quotations of the words used by the person interviewed, . . . .

. . . the recorder of spoken words [has] a copyright in the record of those words as distinct from the words recorded.

[28] In the *Gould* case, the Estate of the late Glenn Gould sought to prevent the publication, by the defendant Carroll, of a book on Glenn Gould when he was a young man. It contained photographs and a narrative. Carroll had taken the photographs and conducted an interview with Glenn Gould in 1956, in order to produce an article for a weekend magazine. Carroll kept the photographs and his notes and tapes of the interview. In 1995 he decided to use these to produce the book that the Estate sought to enjoin. The narrative portion of the book was comprised of extracts from the defendant’s conversations with Glenn Gould, which the defendant had recorded in 1956. The Estate argued that copyright in the oral conversations recorded by Carroll rested with the Estate, not with him. This argument was rejected by Mr. Justice Lederman of the General Division, at page 529, on the ground that oral statements are not expressed in material form and, except in the case of an amanuensis, the speaker has no copyright therein. The greater part of this decision focussed on the tort of appropriation of personality.

droit préexistant exposé dans *Walter v. Lane*. Dans ce contexte, on a estimé que le journaliste qui rapportait le discours était l’auteur du compte rendu et que, comme ce compte rendu n’existait pas auparavant, il l’avait «créé».

[27] Des décisions plus récentes traitent des entrevues privées, situation plus proche de celle dont il est question en l’espèce. Dans *Express Newspapers*, bien qu’elle ait fondé sa décision sur un autre élément du litige, la Cour a clairement dit, aux pages 379 et 381, que c’étaient les journalistes qui détenaient les droits d’auteur sur les citations qu’ils avaient prises en note dans le cadre d’entrevues exclusives menées avec les célébrités respectives au sujet desquelles ils écrivaient, et non les interviewés:

[TRADUCTION] Chacun des textes originaux est formé de deux éléments. Premièrement, la nouvelle en tant que telle; deuxièmement, les citations des paroles prononcées par la personne interviewée [. . .]

[. . .] la personne qui rapporte les paroles [détient] un droit d’auteur sur le compte rendu qui est distinct des paroles rapportées.

[28] Dans *Gould*, la succession du regretté Glenn Gould tentait d’empêcher la publication, par le défendeur Carroll, d’un livre sur la jeunesse de Glenn Gould. Ce livre renfermait des photographies et du texte. En 1956, dans le but d’écrire un article pour un magazine de fin de semaine, M. Carroll avait pris les photographies en question et interviewé Glenn Gould. M. Carroll avait conservé ces photographies de même que ses notes et ses enregistrements de l’entrevue. En 1995, il avait décidé de s’en servir pour produire le livre dont la succession cherchait à faire interdire la publication. La partie narrative de ce livre était formée d’extraits de conversations entre Glenn Gould et le défendeur que ce dernier avait enregistrées en 1956. La succession prétendait que le droit d’auteur sur les conversations enregistrées par M. Carroll appartenaient à la succession, et non à ce dernier. À la page 529, le juge Lederman, de la Division générale, a rejeté cet argument au motif que les déclarations orales ne sont pas exprimées sous une forme matérielle et que, sauf dans le cas d’un alter ego, l’auteur desdites déclarations n’a pas de droit d’auteur sur celles-ci. La

[29] The Ontario Court of Appeal held at page 324 that it did not need to address the issues in the same manner as the trial judge but would consider the plaintiff's claim only by reference to copyright law:

In my opinion, it is not necessary to decide the issues in this case on the basis of the relatively new development in tort of appropriation of personality when this case so clearly sounds in intellectual property. Put shortly, the motions judge addressed Gould's right to preserve his privacy and exploit commercially his own fame, whereas I would address the proprietary rights Carroll had in the photographs and other material created by Carroll in 1956 and again in 1995.

[30] The Ontario Court of Appeal held that it was Carroll, not Gould's Estate, that held the copyright in the interviews with Gould. In agreeing with the Trial Judge that Gould did not hold a copyright in his oral statements because such statements were not the kind of disclosure the *Copyright Act* intended to protect—they were not in material form—the Court of Appeal stated at pages 329-330 that it was the defendant who owned the copyright therein:

It is evident from this record that Gould did not have a copyright with respect to his oral utterances or in the "transcriptions" of them, to use the appellants' phrase. To the contrary, Carroll as the author of the text and captions in the book was the owner of the copyright in the very written material the appellants are attempting to suppress.

Once it is established that Carroll owned the unrestricted copyright in the photographs and the written material in the book, there is nothing else to decide. [Underlining added.]

#### Quotations from Interviews—American Jurisprudence

[31] I turn then to the jurisprudence on which the defendants' counsel relies. Most of the U.S. jurisprudence respecting quotations from interviews

majeure partie de cette décision porte sur le délit d'usurpation d'identité.

[29] À la page 324, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'il ne lui était pas nécessaire d'aborder les questions de la même manière que le juge de première instance, mais qu'elle examinerait la demande présentée par la demanderesse en se reportant uniquement à la loi sur le droit d'auteur:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est pas nécessaire de trancher les questions soulevées en l'espèce en se fondant sur l'évolution relativement récente du délit d'usurpation d'identité puisque cette affaire relève si clairement du droit de la propriété intellectuelle. En résumé, le juge des requêtes a abordé le droit de Gould de protéger sa vie privée et d'exploiter commercialement sa propre renommée, tandis que j'aborderais les droits de propriété de M. Carroll sur les photographies et les autres documents qu'il a créés en 1956 et, à nouveau, en 1995.

[30] La Cour d'appel de l'Ontario a statué que c'était Carroll, et non la succession de Gould, qui détenait le droit d'auteur sur les entrevues réalisées avec Gould. En souscrivant à la conclusion du juge de première instance selon laquelle Gould ne détenait pas de droit d'auteur sur ses déclarations orales parce que celles-ci ne correspondaient pas au type de communication que la *Loi sur le droit d'auteur* visait à protéger—qu'elles n'étaient pas sous forme matérielle—la Cour d'appel a dit, aux pages 329 et 330, que c'était le défendeur qui détenait les droits d'auteur sur celles-ci:

[TRADUCTION] Il ressort clairement du présent dossier que Gould ne détenait pas de droit d'auteur sur ses propres paroles ni sur leur «transcription», comme disent les appelants. En revanche, Carroll, à titre d'auteur du texte et des citations du livre était le propriétaire des droits d'auteur sur le document écrit dont les appelants tentent d'interdire la publication.

Une fois qu'il est établi que Carroll était le propriétaire des droits d'auteur illimités sur les photographies et les documents écrits figurant dans le livre, il n'y a pas d'autre question à trancher. [Non souligné dans l'original.]

#### Citations tirées d'entrevues—jurisprudence américaine

[31] Voyons maintenant la jurisprudence invoquée par les défendeurs. La majeure partie des décisions américaines concernant des citations tirées d'entrevues



relates to the fair use provisions of that country's copyright law (*Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994)). Counsel for the defendants relies particularly on the following cases for the proposition that an interviewer does not have copyright in the statements of an interviewee: *Rokeach v. Avco Embassy Pictures Corp.*, 197 U.S.P.Q. 155 (S.D.N.Y. 1978); *Suid v. Newsweek Magazine*, 503 F.Supp. 146 (D.C. Cir. 1980); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); and *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987).

[32] The *Rokeach* decision dealt with a play that had been written by the defendant about an insane English earl who during part of the play believes himself to be Christ. The plaintiff had written a scientific research study, in the field of abnormal psychology, that dealt with three patients each of whom believed he was Christ. For the purposes of this study, Rokeach, and more commonly his research assistants, recorded and subsequently transcribed sessions in which the three patients were present. The defendant borrowed some ideas from the report of this study, one being the confrontation between two delusional Christs. He also used several phrases and words that were reported as having been said by the patients, in order to give his play authenticity. The Court held that copyright does not protect ideas, concepts, and themes; that the two works bore virtually no resemblance to each other, and that the copying was in any event *de minimus*; and if subject to copyright, which the Court did not believe to be the case, the copying would fall under the fair use exception. In discussing the use that had been made of the actual words spoken by the patients to each other, to Rokeach, or to his research assistants, the Court stated at page 161 that Rokeach could not claim copyright in these words because he did not create them.

[33] In the *Suid* case, the plaintiff alleged copyright infringement by *Newsweek Magazine* in a book he had written about John Wayne. Infringement was claimed in quotations from two interviews the author had conducted, one with Michael Wayne, the other with

se rapportent aux dispositions relatives à l'utilisation équitable de la loi américaine sur le droit d'auteur (*Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 107 (1994)). L'avocat des défendeurs se fonde plus particulièrement sur les décisions suivantes pour étayer sa thèse selon laquelle l'interviewer ne dispose pas d'un droit d'auteur sur les déclarations d'un interviewé: *Rokeach v. Avco Embassy Pictures Corp.*, 197 U.S.P.Q. 155 (S.D.N.Y. 1978); *Suid v. Newsweek Magazine*, 503 F.Supp. 146 (D.C. Cir. 1980); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); et *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987).

[32] L'affaire *Rokeach* portait sur une pièce écrite par le défendeur au sujet d'un comte anglais aliéné qui, pendant une partie de la pièce, se prend pour le Christ. Le demandeur avait préparé une étude scientifique dans le domaine de la psychopathologie où il était question de trois malades qui se prenaient pour le Christ. Pour les besoins de cette étude, M. Rokeach, et surtout ses assistants de recherche, enregistraient les séances auxquelles participaient les trois malades pour ensuite les transcrire. Le défendeur a emprunté certaines idées du rapport sur cette étude, dont la confrontation entre deux Christs délirants. Pour donner à sa pièce une certaine authenticité, il a aussi employé certaines phrases et certaines paroles que les malades avaient censément prononcées. La Cour a statué que le droit d'auteur ne protège pas les idées, les concepts et les thèmes; que les deux œuvres n'avaient pratiquement aucune ressemblance, que, de toute manière, l'emprunt était peu important, et que, s'il faisait l'objet du droit d'auteur—ce qu'elle ne croyait pas en l'espèce—il serait visé par l'exception relative à l'utilisation équitable. En traitant de l'utilisation qui avait été faite des paroles réellement échangées par les malades entre eux, avec Rokeach ou ses assistants de recherche, la Cour a statué, à la page 161, que Rokeach ne pouvait revendiquer un droit d'auteur sur ces paroles parce qu'il ne les avait pas créées.

[33] Dans la décision *Suid*, le demandeur alléguait que le magazine *Newsweek* avait contrefait un livre qu'il avait écrit sur John Wayne. Il prétendait qu'il y avait eu violation du droit d'auteur sur des citations tirées de deux entrevues que lui avaient respectivement

William Wellman. The Court held at page 148, citing the *Rokeach* decision, that the plaintiff would not have copyright in the interview quotations unless he had obtained copyright assignments from the two interviewees. In the case of the Wayne quotations, the Court refused to consider a consent granted by Wayne to use the quotations as sufficient for the purpose of assigning copyright. An assignment of copyright had been obtained for the Wellman quotations, however, it had not been registered and thus copyright could not be claimed. The Court was of the opinion that with respect to the Wellman quotations fair use would apply because it had never been intended that the interview would have commercial value, and in any case, the amount taken was insubstantial.

[34] *Harper & Row* is a fair use case that deals only indirectly with statements made by persons other than the author of the work. It concerned the unauthorized use of the unpublished memoirs of former President Gerald Ford, for the purpose of a pre-publication article about the memoirs. The United States Supreme Court held that the taking of 300 words of a 200,000 word manuscript, in the circumstances, was copyright infringement. It held that fair use could not be justified on the ground that the subject-matter was news or because of public interest in it. Counsel for the present defendants relies on a footnote in the dissenting opinion in that case (page 586, note 10). The footnote states that the paraphrasing by an author of another's words, and the paraphrasing of government documents, are not covered by copyright, referring to both the *Suid* and *Rokeach* decisions. The majority decision, however, does not deal with the issue of the copyright status in quotations of others, such as Henry Kissinger's words as recounted by Ford, presumably because the majority judges did not find it necessary to do so, having found that there were sufficient reasons based on other parts of the text for concluding that the article constituted a breach of copyright.

accordées Wayne et William Wellman. À la page 148, citant la décision *Rokeach*, la Cour a statué que le demandeur ne pouvait être titulaire du droit d'auteur sur les citations des entrevues à moins d'avoir obtenu une cession de droit d'auteur des deux interviewés. Dans le cas des citations de Wayne, la Cour a refusé de considérer comme suffisant, pour les besoins d'une cession de droit d'auteur, le consentement accordé par Wayne au sujet de l'utilisation des citations. Une cession de droit d'auteur avait été obtenue à l'égard des citations de Wellman mais elle n'avait pas été enregistrée, ce qui faisait qu'un droit d'auteur ne pouvait être revendiqué. La Cour a estimé que, pour ce qui était des citations de Wellman, l'exception relative à l'utilisation équitable s'appliquerait parce qu'il n'avait jamais été prévu que l'entrevue aurait une valeur commerciale et que, de toute manière, la somme acceptée pour accorder l'entrevue était négligeable.

[34] La décision *Harper & Row* concerne l'utilisation équitable mais ne traite qu'indirectement des paroles prononcées par des personnes qui ne sont pas les auteurs des œuvres en cause. Il s'agissait de l'utilisation non autorisée des mémoires inédits de l'ancien président Gerald Ford, pour les besoins d'un article de prépublication. La Cour suprême des États-Unis a statué que, dans les circonstances, l'emprunt de 300 mots tirés d'un manuscrit qui en comptait 200 000, constituait une violation du droit d'auteur. Elle a jugé que l'utilisation équitable ne pouvait être justifiée au motif que l'objet relevait de l'actualité ou de l'intérêt public. L'avocat des présents défendeurs se fonde sur une note de bas de page figurant dans l'opinion dissidente dans cette affaire (page 586, note 10). Cette note indique que le droit d'auteur ne vise pas la paraphrase des paroles d'autrui ni la paraphrase des documents gouvernementaux, et elle cite les décisions *Suid* et *Rokeach*. Toutefois, les motifs de la majorité ne traitent pas de la question du droit d'auteur sur les citations d'autrui, telles que les paroles de Kissinger rapportées par Ford, censément parce que les juges majoritaires n'ont pas estimé nécessaire de le faire, après avoir conclu qu'il y avait suffisamment de raisons, fondées sur d'autres parties du texte, pour conclure que l'article en cause violait le droit d'auteur.

[35] *Craft v. Kobler* is another fair use case. It, like *Harper & Row*, found that copyright infringement had occurred. The defendant, Kobler, had written a biography of the musician Stravinsky, relying on what was referred to as the Craft-Stravinsky literature. This comprised: fifteen books on Stravinsky of which Craft was either the author or co-author; four “conversation” books written in the form of interviews of Stravinsky by Craft; a three volume compendium of Stravinsky’s correspondence with explanations by Craft; and, one volume co-authored by Craft and Stravinsky’s widow. Craft was described as Stravinsky’s personal assistant and amanuensis. Craft had inherited Stravinsky’s copyright interest in these works and the case was mainly concerned with that interest. The Court referred to *Suid* and *Rokeach* and stated that a writer could not claim copyright in the statements of another, and thus the use of quotes of third persons taken from the Craft-Stravinsky sources did not infringe Craft’s copyright. However, this conclusion did not relate to Craft’s interviews with Stravinsky but to Stravinsky’s reports of statements made by third parties. Since the particular passages were not relevant to the overall decision, the Court at footnote 8 on page 124 attributed them to the third persons at face value and did not consider whether they were Stravinsky’s narrative invention or whether they were the subject of copyright.

[36] Reference can be made as well to the descriptions of this area of United States law that are found in several journals and texts. In K. Dunlap, “Copyright Protection for Oral Works: Expansion of the Copyright Law into the Area of Conversations” (1973), 20 *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.* 285, the pre-1976 situation is described. It discusses the protection of oral statements under state “common law” of copyright. In V. L. Ruhga, “Ownership of Interviews: A Theory for Protection of Quotations” (1988), 67 *Nebr. L. Rev.* 675, at page 684, the author describes the jurisprudence respecting the post-1976 statutory copyright in quotations as being split:

[35] La décision *Craft v. Kobler* traite aussi de l’utilisation équitable. Dans cette affaire, comme dans l’affaire *Harper & Row*, il a été jugé qu’il y avait eu violation du droit d’auteur. Le défendeur, M. Kobler, avait écrit une biographie du musicien Stravinsky, se fondant sur ce que l’on a appelé les documents Craft-Stravinsky. Il s’agissait de 15 livres sur Stravinsky dont Craft était l’auteur ou le co-auteur, de quatre livres rapportant des «conversations» rédigées sous forme d’entrevues entre Stravinsky et Craft, d’un recueil de la correspondance de Stravinsky en trois volumes accompagné d’explications de Craft, et d’un volume dont ce dernier et la veuve de Stravinsky étaient les co-auteurs. Craft a été décrit comme l’assistant personnel et l’alter ego de Stravinsky. Il avait hérité des droits d’auteur de Stravinsky sur ces œuvres, et l’affaire portait principalement sur ces droits. Citant les décisions *Suid* et *Rokeach*, la Cour a dit qu’un écrivain ne pouvait réclamer un droit d’auteur sur les paroles d’autrui et qu’ainsi, l’utilisation des citations de tiers tirées des sources Craft-Stravinsky ne violait pas le droit d’auteur de Craft. Toutefois, cette conclusion ne visait pas les entrevues entre Craft et Stravinsky, mais plutôt les comptes rendus de déclarations de Stravinsky faits par des tiers. Étant donné que les passages en cause n’étaient pas pertinents quant à la décision globale, à la note 8 de la page 124 la Cour les a attribués à première vue à des tiers sans examiner s’il s’agissait d’une invention narrative de Stravinsky ou s’ils faisaient l’objet du droit d’auteur.

[36] On peut aussi se reporter aux articles sur ce domaine du droit américain qui ont été publiés dans plusieurs revues et textes. Dans un article intitulé «Copyright Protection for Oral Works: Expansion of the Copyright Law into the Area of Conversations» (1973), 20 *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.* 285, K. Dunlap expose la situation antérieure à 1976. Cet article traite de la protection des déclarations orales en vertu de la «common law» du droit d’auteur aux États-Unis. Dans un article intitulé «Ownership of Interviews: A Theory for Protection of Quotations» (1988), 67 *Nebr. L. Rev.* 675, à la page 684, V. L. Ruhga qualifie de partagée la jurisprudence postérieure à 1976 relative au droit d’auteur que prévoit la loi à l’égard des citations:

When dealing with statutory copyright, courts have split on the issue of interview ownership. Some courts advocate interviewer ownership of the copyright. Others maintain that the interviewer and the interviewee separately own their respective contributions, unless otherwise agreed. Generally, the court's view of ownership determines the degree of copyright protection available. [Footnotes omitted.]

The article is concerned with the interviewee being able to control the use that is made of an interview, beyond use by the first interviewer. Such use can, of course, be controlled by contract.

[37] In A. S. Hirsch, "Copyrighting Conversations: Applying the 1976 Copyright Act to Interviews" (1981), 31 *Am. Univ. L. Rev.* 1071, at pages 1082-1083, it is suggested that interviews constitute works of joint authorship:

Under the contemporaneous intent standard, an interview qualifies as a joint work because the interviewer and interviewee meet with each other for the express purpose of conducting an interview. This goal is a manifestation of their intent to merge their respective contributions into one work, thereby establishing a work of joint authorship. Furthermore, because interviews necessitate interaction between two people, individual efforts on the part of either the interviewer or the interviewee cannot produce the same result. A participant in a conversation, therefore, should be considered a joint author of comments made by coparticipants. This proposition has been recognized by some courts. Therefore, although there is precedent supporting a finding that either the interviewer or interviewee individually owns the copyright in an interview, the better view is that the combined effort creates a work of joint authorship. [Footnotes omitted.]

[38] And in *Latman's The Copyright Law*, 6th ed. (Washington: Bureau of National Affairs, 1986), at page 115, note 3 the position of the United States Copyright Office is described as being that copyright in an interview can be held in part by the interviewee or interviewer or entirely by one or the other depending upon the agreement between them:

. . . with respect to interviews, the Copyright Office has stated:

[TRADUCTION] Lorsqu'ils traitent du droit d'auteur prévu par la loi, l'avis des tribunaux au sujet de la question de la propriété des entrevues est partagé. Certains sont d'avis que l'interviewer est propriétaire du droit d'auteur, tandis que d'autres soutiennent que l'interviewer et l'interviewé sont séparément propriétaires de leurs contributions respectives, à moins d'une entente prévoyant le contraire. En général, la perception qu'ont les tribunaux de la propriété détermine le degré de protection qu'offre le droit d'auteur. [Notes omises.]

Cet article traite de la possibilité qu'a l'interviewé de contrôler l'utilisation qui est faite de son entrevue, une fois qu'il l'a accordée. Naturellement, une telle utilisation peut être contrôlée par contrat.

[37] Dans l'article intitulé «Copyrighting Conversations: Applying the 1976 Copyright Act to Interviews» (1981), 31 *Am. Univ. L. Rev.* 1071, aux pages 1082 et 1083, A. S. Hirsch formule l'idée que les entrevues constituent des œuvres de paternité commune:

[TRADUCTION] Selon la norme d'intention simultanée, une entrevue est admissible comme œuvre commune parce que l'interviewer et l'interviewé se rencontrent dans le but exprès de faire une entrevue. Ce but est une manifestation de leur intention de fusionner leurs contributions respectives en une œuvre, créant ainsi une œuvre de paternité commune. De plus, étant donné que les entrevues nécessitent une interaction entre deux personnes, les efforts individuels de la part de l'interviewer ou de l'interviewé ne peuvent produire le même résultat. Par conséquent, un participant à une conversation devrait être considéré comme le co-auteur des commentaires de ses interlocuteurs. Certains tribunaux ont souscrit à cette thèse. Par conséquent, même s'il existe un précédent appuyant la conclusion selon laquelle l'interviewer ou l'interviewé est individuellement propriétaire du droit d'auteur sur une entrevue, il est préférable de considérer que leur effort commun crée une œuvre de paternité commune. [Notes omises.]

[38] Dans *Latman's The Copyright Law*, 6<sup>e</sup> éd., Washington: Bureau of National Affairs, 1986, à la page 115, note 3, la position du Bureau des droits d'auteur des États-Unis sur ce sujet est exposée. Selon le Bureau, le droit d'auteur sur une entrevue peut être détenu partiellement par l'interviewé ou par l'interviewer, ou entièrement par l'un ou l'autre, selon la convention qui les lie:

[TRADUCTION] [. . .] pour ce qui est des entrevues, le Bureau des droits d'auteur a déclaré ceci:

“A work consisting of an interview often contains copyrightable authorship by the person interviewed and the interviewer. Each has the right to claim copyright in his or her own expression in the absence of an agreement to the contrary. Where an application for such a work names only the interviewee or the interviewer as the author and claimant, and where the nature of authorship is described as “entire text,” it is unclear whether the claim actually extends to the entire work, or only to the text by the interviewee or interviewer. In any case where the extent of the claim is not clear, the Copyright Office must communicate with the applicant for clarification.”

Compendium II of Copyright Office Practices §317.

An application naming only the interviewer or interviewee as the author but listing “text” instead of “entire text” as the nature of authorship will be interpreted as asserting a claim only for the interviewer or interviewee’s portion of the interview.

#### Effect of Tele-Direct Decision

[39] Counsel for the defendants argues that the jurisprudence in *Walter v. Lane*, *Express Newspapers* and *Gould Estate* cases, as well as being distinguishable because none of it deals directly with a second person taking the quoted words of an interviewee, is no longer good law in Canada because it is all based on the premise that copyright law protects an author’s labour. For example, in *Walter v. Lane*, Earl of Halsbury L.C., said at page 545:

... I should very much regret it if I were compelled to come to the conclusion that the state of the law permitted one man to make profit and to appropriate to himself the labour, skill, and capital of another. And it is not denied that in the case the defendant seeks to appropriate to himself what has been produced by the skill, labour, and capital of others. In the view I take of this case I think the law is strong enough to restrain what to my mind would be a grievous injustice.

And Lord Davey, at page 552:

... it is a sound principle that a man shall not avail himself of another’s skill, labour, and expense by copying the written product thereof. To quote the language of North J. in another case: “For the purposes of their own profit they

«La paternité d’une œuvre consistant en une entrevue la rend susceptible de faire l’objet d’un droit d’auteur détenu par l’interviewé et par l’interviewer. Chacun a le droit de revendiquer un droit d’auteur sur ses propres paroles en l’absence de convention prévoyant le contraire. Lorsqu’une demande relative à une telle œuvre ne désigne que l’interviewé ou l’interviewer comme auteur et demandeur, et lorsqu’il est indiqué que la paternité est revendiquée à l’égard du «texte intégral», la question de savoir si la demande s’étend réellement à l’œuvre intégrale, ou seulement au texte de l’interviewé ou de l’interviewer, n’est pas claire. En tout état de cause, lorsque la portée de la demande est imprécise, le Bureau des droits d’auteur doit communiquer avec le demandeur pour obtenir des éclaircissements».

Vol. II du Recueil des pratiques du Bureau des droits d’auteur §317.

Une demande qui ne désigne comme auteur que l’interviewer ou l’interviewé mais qui indique que la paternité est revendiquée à l’égard du «texte» plutôt que du «texte intégral» sera interprétée comme une revendication visant la partie de l’entrevue attribuable à l’interviewer ou à l’interviewé, selon le cas.

#### Incidence du jugement Télé-Direct

[39] L’avocat des défendeurs soutient qu’en plus de pouvoir être distingués parce qu’aucun d’eux ne traite directement d’une deuxième personne qui emprunte les paroles d’un interviewé, les décisions *Walter v. Lane*, *Express Newspapers* et *Gould Estate* ne représentent plus l’état du droit au Canada parce qu’elles sont toutes deux fondées sur la prémisse que la loi sur le droit d’auteur protège les efforts d’un auteur. Par exemple, Dans *Walter v. Lane*, le conte Halsbury L.C., dit à la page 545:

[TRADUCTION] [...] je trouverais très regrettable d’être contraint de conclure que l’état du droit a permis à un homme de tirer profit des efforts, de la compétence et du capital d’un autre et de se les approprier. Et il n’est pas nié qu’en l’espèce le défendeur cherche à s’approprier le produit de la compétence, des efforts et du capital d’autrui. Selon ma perception de la présente affaire, j’estime que la loi est assez forte pour empêcher ce qui, dans mon esprit, constituerait une cruelle injustice.

Et lord Davey, à la page 552:

[TRADUCTION] [...] il est un principe valable qui veut qu’un homme ne puisse se prévaloir de la compétence, des efforts et des dépenses d’autrui en copiant les écrits de ce dernier. Pour citer le juge North dans une autre affaire: «Pour leur

desire to reap where they have not sown, and to take advantage of the labour and expenditure of the plaintiffs in procuring news for the purpose of saving labour and expense to themselves.”

[40] Counsel argues that even if the words of an interviewee were previously copyrightable by the interviewer, as set out in the *Express Newspapers* and *Gould Estate* cases, the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Tele-Direct* has overruled that jurisprudence. As noted above, it is argued that the elements of creativity and originality that are now required for copyright protection cannot exist in the quoted words of another. In addition, as I understand the argument, it is that the *Tele-Direct* decision has turned Canadian copyright law, at least in so far as it is relevant for present purposes, from its previous alignment with the law of the United Kingdom towards an alignment with that of the United States.

[41] I do not interpret the *Tele-Direct* decision as having such a broad effect. In both the United States and Canada, jurisprudence has defined the requirement that copyright be granted in an “original” work, as meaning that the work originate from the author and that it not be copied from another.<sup>4</sup> In the United States this was initially the result of case law; the statutory requirement of “originality” was only added in 1976.<sup>5</sup> The requirement that a work be “original” has been a statutory requirement in Canada since 1924 when the *Copyright Act, 1921* [S.C. 1921, c. 24] enacted in 1921 came into force. That Act was largely copied from the United Kingdom *Copyright Act, 1911*. I am not persuaded that the Federal Court of Appeal intended a significant departure from the pre-existing law.<sup>6</sup> In the absence of an express decision from the Court of Appeal to the contrary, I think the law as set out in *Express Newspapers* and *Gould Estate* is still the law.

[42] One reason for being cautious about not over-extending the *Tele-Direct* decision is that it deals with an entirely different type of work from those in issue in this case. It deals with a compilation of data (a sub-compilation of the yellow pages of a telephone directory). The appropriate test to be applied when

propre profit, ils souhaitent récolter ce qu’ils n’ont pas semé et tirer profit des efforts et des dépenses des demandeurs en vue de se procurer des nouvelles afin de s’épargner des efforts et des dépenses.»

[40] L’avocat des défendeurs soutient que même si auparavant l’interviewer pouvait protéger les paroles d’un interviewé par le droit d’auteur, comme dans les affaires *Express Newspapers* et *Gould Estate*, l’arrêt récent de la Cour d’appel fédérale rendu dans l’affaire *Télé-Direct* a infirmé ce courant jurisprudentiel. Il a fait valoir, rappelons-le, que la citation de paroles d’autrui ne comporte pas les éléments de créativité et d’originalité maintenant exigés pour que soit accordée la protection du droit d’auteur. De plus, si j’ai bien compris, l’arrêt *Télé-Direct* aurait fait passer le droit d’auteur canadien, du moins dans la mesure où il est pertinent aux fins actuelles, de son alignement antérieur sur le droit du Royaume-Uni à un alignement sur celui des États-Unis.

[41] Selon moi, l’arrêt *Télé-Direct* n’a pas une portée aussi large. Tant aux États-Unis qu’au Canada, la jurisprudence définit l’exigence voulant que le droit d’auteur soit accordé à l’égard d’une œuvre «originale» comme signifiant que cette œuvre émane de l’auteur et qu’elle ne constitue pas un plagiat<sup>4</sup>. Aux États-Unis, c’est ce à quoi la jurisprudence avait initialement abouti; l’exigence d’«originalité» n’a été ajoutée à la loi qu’en 1976<sup>5</sup>. Au Canada, l’exigence voulant qu’une œuvre soit «originale» est prévue dans la loi depuis 1924, soit la date d’entrée en vigueur de la *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur* [S.C. 1921, ch. 24] édictée en 1921. Cette Loi s’inspirait en grande partie de la *Copyright Act, 1911* du Royaume-Uni. Je ne suis pas convaincue que la Cour d’appel fédérale ait voulu s’écarter sensiblement du droit antérieur<sup>6</sup>. À défaut d’une décision contraire expresse de la Cour d’appel, j’estime que les règles de droit énoncées dans les décisions *Express Newspapers* et *Gould Estate* sont toujours valables.

[42] Le fait que l’arrêt *Télé-Direct* traite d’un type d’œuvre entièrement différent de celles qui sont en litige en l’espèce est une raison de plus pour hésiter à y accorder une portée trop large. Cet arrêt traitait d’une compilation de données (une sous-compilation des pages jaunes d’un annuaire téléphonique). Le juste

copyright is claimed for works that consist of compilations of data has been a difficult area. This is because such works are not likely to exhibit, on their face, indicia of the author's personal style or manner of expression.

[43] In the *Tele-Direct* decision the Court of Appeal indicated that the issue before it had arisen because of the amendments to the *Copyright Act* enacted in 1993 as part of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 53.<sup>7</sup> The Court noted that one of the elements required under that agreement was the protection by copyright of data bases, the Court questioned at paragraph 16 whether in fact the amendments had been drafted to effectively accomplish this objective. Interestingly, there is now a Bill before the United States Congress<sup>8</sup> to overrule the decision of the United States Supreme Court in *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 111 S. Ct. 1282 (1991), a decision in that country that had a result similar to *Tele-Direct* in this. There is debate among both United States and Canadian authors as to whether the *Feist* decision is limited to database type cases or will have wider ramifications.<sup>9</sup> Given this context and the express references in *Tele-Direct* to NAFTA and the implementation of that agreement, I am persuaded that the statements in *Tele-Direct* were not intended to effect a major change in the pre-existing jurisprudence.

#### Facts

[44] There is no dispute that copyright does not cover facts. This is trite law. Counsel for the defendants argues that the narrative portions of Mr. Holmes book merely constitute the reporting of facts, some of which are only found in Ms. Hager's book, but many of which are also found elsewhere in the published material on Shania Twain. It is argued that there are only so many ways in which you can report facts and this accounts for the similarity in wording

critère à appliquer lorsqu'un droit d'auteur est revendiqué à l'égard d'œuvres qui consistent en des compilations de données a soulevé certains problèmes. C'est parce que ces œuvres ne sont pas susceptibles de présenter, à première vue, des indices du style personnel ou du mode d'expression de leur auteur.

[43] Dans l'arrêt *Télé-Direct*, la Cour d'appel a indiqué que la question dont elle était saisie se posait en raison des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* édictée en 1993 dans le cadre de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 53<sup>7</sup>. La Cour a souligné que l'un des éléments requis aux termes de cet accord était la protection des bases de données par le droit d'auteur et, au paragraphe 16, elle s'est demandée, si, en fait, les modifications avaient été rédigées en vue d'atteindre cet objectif. Il est intéressant de noter que le Congrès américain est actuellement saisi d'un projet de loi<sup>8</sup> visant à infirmer la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 111 S. Ct. 1282 (1991), arrêt qui a eu aux États-Unis une incidence similaire à celle de l'arrêt *Télé-Direct* au Canada. Il existe une controverse entre les auteurs américains et canadiens sur la question de savoir si l'arrêt *Feist* se limite aux affaires concernant des bases de données ou s'il aura des ramifications plus étendues<sup>9</sup>. Compte tenu de ce contexte et des renvois explicites à l'ALÉNA et à la mise en œuvre de cet accord qui sont faits dans l'arrêt *Télé-Direct*, je suis convaincue que les énoncés de la Cour d'appel dans *Télé-Direct* ne visaient pas à s'écarter substantiellement de la jurisprudence antérieure.

#### Faits

[44] Il n'est pas contesté que le droit d'auteur ne vise pas les faits. Cette règle est bien établie. L'avocat des défendeurs soutient que les parties narratives du livre de M. Holmes ne constituent qu'un compte rendu des faits, dont certains ne se trouvent que dans le livre de M<sup>me</sup> Hager, mais dont beaucoup se trouvent aussi ailleurs dans les documents publiés sur Shania Twain. Il soutient qu'il n'existe qu'un nombre limité de façons de rapporter des faits, et que c'est ce qui

and sentence structure.

[45] I do not accept the assertion that there are a limited number of ways in which to recount facts. The method of expression is individual. It can be very different for different authors, as is evident from the text of some of the material to which Mr. Holmes refers as an allegedly common source.

[46] The defendants cited many authorities that have dealt with biographies and that establish the principle that there is no copyright in facts: *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818 (App. Div.), at pages 847-848; affirmed by [1933] 1 D.L.R. 353 (P.C.); *Kartar Singh Giani v. Ladha Singh*, [1934] I.L.R. 16 Lah 103;<sup>10</sup> *Matthewson v. Stockdale* (1806), 12 Ves. Jun. 270; 33 E.R. 103; *Harper & Row, supra*, at page 621; *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966), at page 306; *Norman v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 333 F.Supp. 788 (S.D.N.Y. 1971), at page 788; *Craft v. Kobler, supra*, at page 123. The plaintiff does not dispute this. This is simply not an issue. The question in each case involves an assessment of the similarity of the form of expression in which the facts are conveyed, based on the particular facts of the case.

### Fair Dealing

[47] The concept "fair dealing" in sections 29, 29.1 and 29.2 of the *Copyright Act* is quite different from that of "fair use" in the United States.<sup>11</sup> The most significant difference is that under Canadian copyright law the use of the copied material must come within one of the specific purposes identified in the statute: research or private study (section 29), criticism or review (section 29.1), or news reporting (section 29.2).

[48] The relevant provisions read:

29. Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

explique la similitude de vocabulaire et de structure de phrase.

[45] Je ne souscris pas à l'affirmation selon laquelle il existe un nombre limité de façons de rapporter des faits. Le mode d'expression est personnel. Il diffère d'un auteur à l'autre, comme en font foi certains des documents que M. Holmes cite comme source censément commune.

[46] Les défendeurs ont cité de nombreuses décisions qui ont traité des biographies et qui établissent le principe selon lequel le droit d'auteur ne protège pas les faits: *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818 (App. Div.), aux pages 847 et 848; confirmé par [1933] 1 D.L.R. 353 (P.C.); *Kartar Singh Giani v. Ladha Singh*, [1934] I.L.R. 16 Lah 103<sup>10</sup>; *Matthewson v. Stockdale* (1806), 12 Ves. Jun. 270; 33 E.R. 103; *Harper & Row, précité*, à la page 621; *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966), à la page 306; *Norman v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 333 F.Supp. 788 (S.D.N.Y. 1971), à la page 788; *Craft v. Kobler, précité*, à la page 123. La demanderesse ne conteste pas ce principe. Cette question n'est tout simplement pas pertinente. Dans chaque cas il s'agit d'évaluer la similitude de la forme d'expression des faits en fonction des faits particuliers de l'espèce.

### Utilisation équitable

[47] La notion d'«utilisation équitable» (*«fair dealing»*) dont il est question aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* est très différente de celle d'«utilisation équitable» (*«fair use»*) qui s'applique aux États-Unis<sup>11</sup>. La différence la plus marquante est qu'aux termes de la loi canadienne sur le droit d'auteur, l'utilisation du document reproduit doit être visé par l'un des buts spécifiques énoncés dans la loi: recherche ou étude privée (article 29), critique ou compte rendu (article 29.1), ou encore communication des nouvelles (article 29.2).

[48] Les dispositions pertinentes prévoient ce qui suit:

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.



29.1 Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
  - (i) author, in the case of a work,
  - (ii) performer, in the case of a performer's performance,
  - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
  - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal.

29.2 Fair dealing for the purpose of news reporting does not infringe copyright if the following are mentioned:

[49] Counsel for the defendants argues that the use made of Ms. Hager's work falls within the concepts "[f]air dealing for the purpose of research" and "[f]air dealing for the purpose of criticism".

[50] I shall refer, first, to some of the evidence that describes the ECW book. Mr. Lecker stated that it "has all the qualities of every scholarly book we publish, which is synthesis of information, gathering of information, careful collation of sources, and attribution"<sup>12</sup> (emphasis added). A review in *Quill and Quire*, a respected journal of Canadian English language literature, was not very complimentary. It stated that the book "reads like a 200-page press release by a record company publicity hack,"<sup>13</sup> which relies on newspaper articles and a record store manager who once played in a band with Shania Twain. A review in the *Halifax Daily News*, however, was more favourable. It lauded ECW Press for having "stumbled on a profitable sideline producing biographies of pop culture icons."<sup>14</sup> It described the book as being thorough and comprehensive, although lacking in contact with the star herself. A favourable review also appeared in *Country Music News*.<sup>15</sup> A review in *The Globe and Mail* referred to the ECW book as a "standard pop bio."<sup>16</sup>

29.1 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés:

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source:
  - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
  - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

29.2 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés:

[49] L'avocat des défendeurs soutient que l'utilisation qui a été faite de l'œuvre de M<sup>me</sup> Hager est visée par les notions d'«utilisation équitable aux fins de recherche» et d'«utilisation équitable aux fins de critique».

[50] Je me reporterai d'abord à certains des éléments de preuve qui décrivent le livre d'ECW. M. Lecker a dit que ce dernier [TRADUCTION] «possède toutes les qualités de chaque ouvrage érudit que nous publions, soit la synthèse d'informations, le regroupement d'informations, le rassemblement minutieux des sources et l'attribution<sup>12</sup>» (non souligné dans l'original). Une critique publiée dans *Quill and Quire*, une revue respectée d'ouvrages canadiens de langue anglaise, n'était pas très flatteuse. On y disait que le livre se lisait [TRADUCTION] «comme un communiqué de presse de 200 pages lancé par le publicitaire d'une compagnie de disques»<sup>13</sup>, et se fondait sur des articles de journaux et le témoignage d'un directeur de magasin de disques ayant déjà joué une fois dans un groupe avec Shania Twain. Une critique publiée dans le *Halifax Daily News*, était toutefois plus favorable. Elle félicitait ECW Press pour [TRADUCTION] «être tombée sur un à-côté lucratif en produisant des biographies d'idoles de la culture "pop"»<sup>14</sup>. Le livre, dit-on, est détaillé et complet, mais il y manque le

[51] The quality of a work, of course, is not relevant in assessing fair dealing, but the description of the nature of the book found in these reviews (a standard pop biography) is relevant in so far as it sets the context within which an assessment of the type of use that was made of the copied material is to be determined. Counsel for the defendants argues that any biography is a work of research. Mr. Lecker considered the use that was made of Ms. Hager's text to be fair dealing for the purpose of "criticism". The question whether the use made of Ms. Hager's text falls within either section 29 or 29.1 is, of course, for the Court to answer.

[52] There is a paucity of jurisprudence concerning what is meant by the word "research" in the legislation. One looks of course to the companion concept "private study" for assistance in interpreting what is meant. A second source of guidance is the dictionary definition of the word. The *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (1989) gives the following definition:

**Research** (noun): . . . 1. The act of searching (closely or carefully) *for* or *after* a specified thing or person. 2.a. A search or investigation directed to the discovery of some fact by careful consideration of study of a subject; a course of critical or scientific inquiry. (Usu. in *pl.*); b. Without article: Investigation, inquiry into thing. Also, as a quality of persons, habitude of carrying out such investigation.

**Research** (verb): 1. To search into (a matter or subject); to investigate or study closely. Also, to engage in research upon (a subject, a person, etc.).

[53] In *Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), "Notes" that were designed for students studying certain literary works that contained large portions from those works were held not to fall under the fair dealing exception. The Court rejected the argument that the authors of the Notes, when dealing with the original works, were

contact avec la vedette elle-même. Une critique favorable a aussi paru dans *Country Music News*<sup>15</sup>. Une critique publiée dans *The Globe and Mail* a qualifié le livre d'ECW de [TRADUCTION] «biographie type d'une vedette de la musique "pop"»<sup>16</sup>.

[51] Évidemment, la qualité d'une œuvre n'est pas un facteur pertinent pour évaluer l'utilisation équitable, mais les descriptions que font ces critiques de la nature du livre (biographie type d'une vedette de la musique «pop») sont pertinentes dans la mesure où elles décrivent le contexte dans lequel doit se faire l'évaluation du type d'utilisation qui a été faite des extraits empruntés. L'avocat des défendeurs soutient que toute biographie constitue une œuvre de recherche. Selon M. Lecker, l'utilisation qui a été faite du texte de M<sup>me</sup> Hager constitue une utilisation équitable pour les fins d'une «critique». Évidemment, il appartient à la Cour de répondre à la question de savoir si cette utilisation relève des articles 29 ou 29.1.

[52] Il existe peu de jugements traitant du sens à donner au mot «recherche» qui figure dans la loi. Naturellement, il est possible d'examiner le sens du concept apparenté d'«étude privée» pour aider à interpréter ce mot. Les définitions tirées du dictionnaire sont une autre source d'inspiration. Voici celle que donne le *Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (1989):

[TRADUCTION] **Recherche** (nom): [. . .] 1. Rechercher (soigneusement ou attentivement) quelque chose ou quelqu'un. 2.a. Recherche ou enquête visant la découverte d'un fait par l'étude attentive d'un objet; démarche d'enquête critique ou scientifique. (Hab. au plur.) b. Sans article: Enquête, recherche sur une chose. Aussi, en tant que qualité des personnes, habitude d'effectuer une telle enquête.

**Rechercher** (verbe): 1. Examiner (une affaire ou un objet); fouiller ou étudier attentivement. Aussi, effectuer une recherche sur (un objet, une personne, etc.).

[53] Dans la décision *Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), on a jugé que des «notes» portant sur certaines œuvres littéraires et destinées à des étudiants, lesquelles notes renfermaient de larges extraits des œuvres en question, n'étaient pas visées par l'exception relative à l'utilisation équitable. La Cour

engaged in private study or research. In addition, the expression “private study” has been interpreted as not including use for educational purposes: *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601, at pages 613-614. The current U.K. copyright legislation, the *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (U.K.), 1988, c. 48, sections 28, 29, 30 in force as of August 1, 1989, specifically provides that it is only use by the researcher him or herself that is included in the exception of fair dealing for the purpose of research.

[54] An Australian decision *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty. Ltd.* (1990), 37 F.C.R. 99 (F.C. Aust.) came to a similar conclusion with respect to that country’s copyright law. The defendants in that case tried to argue that a news clipping service they provided was fair dealing since their clients were engaged in research. The Court stated that the relevant activity was that of the copier (Jeffress) not its customers.

[55] The most significant factor, in my view, in interpreting what is meant by “research” in our legislation, is the fact that unlike fair dealing for the purpose of criticism or review, or news reporting, there is no requirement that the source be identified (when the use is for research). This indicates that the use contemplated by private study and research is not one in which the copied work is communicated to the public.

[56] I turn then to the meaning of “for the purpose of criticism” in section 29.1. I note first, that “criticism” is coupled with “review”. The principle of statutory interpretation *noscitur a sociis* would suggest that the two words are likely related. One relationship is that for the criticism or review to occur there need to be excerpts from and references to the works being criticized or reviewed. Also, when criticizing or reviewing any given work it may be necessary to use quotes from others for comparative purposes.

a rejeté l’argument selon lequel, lorsqu’ils traitent des œuvres originales, les auteurs des notes se livrent à une étude privée ou à une recherche. De plus, l’expression «étude privée» a été interprétée comme n’incluant pas une utilisation à des fins éducatives: *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601, aux pages 613 et 614. La loi actuelle du Royaume-Uni sur le droit d’auteur, la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 48, articles 28, 29 et 30 en vigueur en date du 1<sup>er</sup> août 1989, prévoit expressément que c’est seulement le chercheur qui est visé par l’exception relative à l’utilisation équitable pour les fins d’une recherche.

[54] Dans la décision australienne *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty. Ltd.* (1990), 37 F.C.R. 99 (F.C. Aust.), une conclusion similaire est tirée à l’égard de la loi sur le droit d’auteur de ce pays. Dans cette affaire, les défendeurs tentaient de faire valoir que le service de coupures de presse qu’ils offraient constituait une utilisation équitable étant donné que leurs clients effectuaient des recherches. La Cour a déclaré que c’est l’activité exercée par le plagiaire (Jeffress) et non celle de ses clients qui est pertinente.

[55] À mon avis, le facteur le plus important pour interpréter le sens du mot «recherche» dans notre loi est le fait que, contrairement à l’utilisation équitable aux fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles, il n’est pas exigé que la source soit identifiée (lorsque l’utilisation est faite aux fins de recherche). L’omission de cette exigence indique que l’utilisation visée par l’étude privée et la recherche ne comporte pas la communication au public de l’œuvre reproduite.

[56] Voyons maintenant la signification de l’expression «aux fins de critique» de l’article 29.1. Je souligne d’abord que le mot «critique» est accompagné de l’expression «compte rendu». Le principe d’interprétation des lois *noscitur a sociis* donnerait à croire que ces deux expressions sont probablement reliées. Par exemple, pour qu’il y ait critique ou compte rendu, il faut citer les œuvres faisant l’objet de la critique ou du compte rendu. Aussi, dans le cadre de la critique ou du compte rendu

[57] Among the definitions of the word “criticism” found in the *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (1989) are:

**Criticism:** . . .

The art of estimating the qualities and character of literary or artistic work; the function or work of a critic. . . . spec. The critical science which deals with the text, character, composition, and origin of literary documents . . . .

[58] The jurisprudence has established that it is not merely the text or composition of a work that may be the object of criticism but also the ideas set out therein. *Hubbard v Vosper*, [1972] 1 All ER 1023 (C.A.) is most often cited as setting out the relevant tests.

[59] Despite Mr. Holmes and Mr. Lecker’s efforts to characterize the use made of Ms. Hager’s work as being for the purpose of research or for the purpose of criticism, it simply does not come within those definitions. The use made of the quotations and paraphrases from Ms. Hager’s work was not for the purpose of doing research, nor was it for the purpose of criticizing either the text or the ideas in Barbara Hager’s book.

[60] Counsel for the defendants again cited United States authorities: *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (1975); *Rosemont Enterprises, supra*; *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731 (2nd Cir. 1991); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987). As noted above, I am reluctant to refer to these decisions because our law in this area is so different from that of the United States.

Industry Practice

[61] The evidence concerning industry practice is confused and unreliable. Mr. Lecker gave evidence that there was no difference in the practice in the industry between academic papers and mass market popular commercial works, with respect to when

d’une œuvre déterminée, il peut être nécessaire de citer d’autres œuvres à des fins de comparaison.

[57] Au nombre des définitions du mot «critique» figurant dans le *Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (1989) se trouve la suivante:

[TRADUCTION] **Critique:** [ . . . ]

Art. d’évaluer les qualités et la nature d’une œuvre littéraire ou artistique; fonction ou travail d’un critique. [ . . . ] Spéc., la science critique qui traite du texte, de la nature, de la composition et de l’origine des documents littéraires [ . . . ]

[58] La jurisprudence a établi que ce n’est pas simplement le texte ou la composition d’une œuvre qui peut faire l’objet d’une critique, mais aussi les idées qui y sont énoncées. *Hubbard v Vosper*, [1972] 1 All ER 1023 (C.A.), est l’arrêt le plus fréquemment cité pour les critères applicables à cet égard.

[59] Même si MM. Holmes et Lecker ont tenté de la qualifier d’utilisation aux fins de recherche et de compte rendu, l’utilisation qui a été faite de l’œuvre de M<sup>me</sup> Hager n’est tout simplement pas visée par ces définitions. L’utilisation qui a été faite des citations et des paraphrases tirées de l’œuvre de M<sup>me</sup> Hager n’a pas été faite aux fins de recherche non plus qu’aux fins de critique du texte ou des idées de l’œuvre de Barbara Hager.

[60] L’avocat des défendeurs a une fois de plus cité des sources américaines: *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (1975); *Rosemont Enterprises, précité*; *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731 (2nd Cir. 1991); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987). Comme je l’ai mentionné, j’hésite à me reporter à ces décisions en raison de la différence marquée qui existe entre notre droit et celui des États-Unis dans ce domaine.

Pratique de l’industrie

[61] La preuve concernant la pratique de l’industrie est confuse et peu fiable. Dans son témoignage, M. Lecker a dit que, selon la pratique de l’industrie, il n’y a pas de différence entre les ouvrages savants et les ouvrages commerciaux populaires destinés au marché

permission to copy the work of another was sought. He indicated that in both cases it was the length of the passage copied that was the governing factor. He stated that “what people will often do when they’re writing their articles is to write using smaller quotations precisely so that they don’t appear to be taking, you know to be taking, wholesale chunks out of somebody’s work.”<sup>17</sup> He states that this is done all the time within the Canadian publishing industry. Mr. Lecker’s opinion was that it was the practice in the Canadian industry for biographers to use quotations from interviews (private or public) which have been published, without first seeking permission from either the publisher of the interview or the interviewee. His evidence was also that there were no absolute standards. His evidence was self-serving, and as I have indicated elsewhere, I have no confidence in the accuracy of his evidence.

[62] Ms. Swayze gave evidence that there is a distinction between academic writing and books written for the popular commercial market. One of her reasons for saying that such exists was that, in her opinion, while academic writing may assist the author in achieving tenure, there is usually little money made from it. Also, she asserted that quite different types of works are involved in the case of commercial writers, and while academic writers are usually pleased to see their works referred to and excerpted by their peers, because it enhances their reputations, commercial writers are not pleased to have their work copied because it can diminish the commercial value of their work.

[63] Ms. Swayze also indicated that all copying from another’s work should be supported by permission from the first author, except for very small parts. When asked, however, whether it was Canadian publishing industry practice to require permission for every quote she said “I do not know.”<sup>18</sup> At one point in her evidence she stated that she doubted “that anyone would seek signed permission to use the actual words spoken by a person,”<sup>19</sup> while elsewhere she indicated the contrary. In response to whether it was unusual to see permissions given for the quoted words

de masse, pour ce qui est du moment où la permission de reproduire l’œuvre d’une autre personne est demandée. Il a indiqué que, dans les deux cas, la longueur des passages reproduits est le facteur déterminant. Il a ajouté que [TRADUCTION] «lorsqu’ils rédigent leurs articles, les auteurs ont souvent recours à des citations plus courtes précisément pour ne pas donner l’impression de copier de larges extraits de l’œuvre d’une autre personne»<sup>17</sup>. C’est, a-t-il dit, une pratique invariable dans l’industrie canadienne de l’édition. Selon lui, il est d’usage, dans les biographies, de se servir de citations tirées d’entrevues (privées ou publiques) qui ont été publiées, sans demander d’abord la permission de l’éditeur de l’entrevue ou de l’interviewé. Il a aussi indiqué qu’il n’existait aucune norme absolue. Son témoignage servait ses propres fins et, comme je l’ai indiqué ailleurs dans les présents motifs, je n’ai aucune confiance en son exactitude.

[62] Dans son témoignage, M<sup>me</sup> Swayze a déclaré qu’il y avait une distinction entre les ouvrages savants et ceux qui sont destinés à un marché commercial populaire. Elle a notamment expliqué qu’à son avis, même si la rédaction d’ouvrages savants peut aider l’auteur à obtenir la sécurité d’emploi, ce dernier n’en retire habituellement que peu d’argent. En outre, il s’agit selon elle d’ouvrages très différents dans le cas des auteurs commerciaux et, si les auteurs d’ouvrages savants sont habituellement heureux que leurs collègues mentionnent ou citent leur ouvrage parce que cela rehausse leur réputation, les auteurs commerciaux ne sont pas heureux de voir leurs œuvres reproduites car cela en diminue la valeur commerciale.

[63] M<sup>me</sup> Swayze a aussi indiqué que tout emprunt d’une œuvre d’autrui devrait faire l’objet d’une permission de la part du premier auteur, à l’exception des très brefs extraits. Toutefois, à la question de savoir si la pratique de l’industrie de l’édition canadienne consistait à exiger une permission pour chaque citation, elle a répondu: [TRADUCTION] «Je ne sais pas»<sup>18</sup>. À un moment, dans son témoignage, elle a dit douter que [TRADUCTION] «quelqu’un tente d’obtenir la permission écrite d’utiliser les paroles prononcées par une personne»<sup>19</sup> tandis qu’à un autre

of celebrities, she answered that it was “Not at all unusual, and it’s my position that it would be mandatory.”<sup>20</sup> Ms. Swayze stated that freelance writers typically would sell an interview, in three, four or five different places and that the Professional Writers’ Association of Canada was very active in protecting the copyright for writers in such situations.<sup>21</sup> From the description above it is clear that Ms. Swayze’s evidence was confused and contradictory. I am not prepared to rely on it.

[64] I cannot conclude from the evidence that an industry practice exists that leads to an implied consent to the copying. Indeed I doubt that “industry practice” can sanction breaches of copyright. It may reflect no more than the economic impracticality, in many instances, of pursuing copyright infringement because of the costs involved. In *Breen v. Hancock House Publishers Ltd.* (1985), 6 C.I.P.R. 129, at page 133, Mr. Justice Joyal of this Court held that “[a]cademic treatises, research papers and other written material enjoy as much copyright as any other work,” and that “[i]t is not open to anyone to presume that because . . . academic treatises are meant to be used by others that they should thereby be fully available to anyone” to copy. In *Slumber-Magic Adjustable Bed v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112 (B.C.S.C.), Madam Justice McLachlin commented on the argument that an infringement was justified because everyone in the industry used everyone else’s material. She expressed the view at page 119 that even if the evidence had established such a practice, it would not constitute reasonable grounds for concluding that there was no copyright in the plaintiff’s material (and presumably also for concluding that the use constituted fair dealing).

[65] The defendants made reference to biographies of Alanis Morissette, Sarah McLachlan and Neil Young and the use therein of quotations. These references tell one nothing, however, unless it is

moment elle a indiqué le contraire. À la question de savoir s’il était inhabituel de demander des permissions pour les paroles citées des célébrités, elle a répondu que cela n’était [TRADUCTION] «pas du tout inhabituel, et qu’à mon avis, cela serait obligatoire»<sup>20</sup>. M<sup>me</sup> Swayze a déclaré que les auteurs pigistes vendent habituellement une entrevue à trois, quatre ou cinq éditeurs différents, et que la Professional Writers’ Association of Canada s’occupait beaucoup de la protection du droit d’auteur des rédacteurs dans les cas de ce genre<sup>21</sup>. Il ressort de la description qui précède que le témoignage de M<sup>me</sup> Swayze était confus et contradictoire. Je ne suis pas disposée à m’y fier.

[64] D’après la preuve, je ne puis conclure qu’il existe au sein de l’industrie une pratique qui mène au consentement implicite de la reproduction. En fait, je doute que la «pratique de l’industrie» puisse sanctionner des violations du droit d’auteur. Tout au plus, une telle pratique ne saurait souvent refléter que l’impossibilité économique d’intenter des poursuites pour violation du droit d’auteur en raison des coûts que cela représente. Dans la décision *Breen c. Hancock House Publishers Ltd.* (1985), 6 C.I.P.R. 129, à la page 133, le juge Joyal, de la présente Cour, a statué que «[l]es traités savants, les dissertations, etc. sont protégés par un droit d’auteur au même titre que n’importe quel autre ouvrage» et que «[p]ersonne n’a le droit de supposer que, parce [. . .] qu’ils [les traités savants] sont destinés à l’usage d’autrui, n’importe qui peut s’en servir» pour les reproduire. Dans *Slumber-Magic Adjustable Bed v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112 (C.S.C.-B.), M<sup>me</sup> le juge McLachlin a commenté l’argument voulant qu’une violation soit justifiée parce que, dans l’industrie, tout le monde se sert des documents de tout le monde. À la page 119, elle a exprimé l’opinion que même si la preuve avait établi l’existence d’une telle pratique, ce ne serait pas un motif raisonnable de conclure qu’il n’y a pas de droit d’auteur à l’égard des documents de la demanderesse (et censément aussi de conclure que cette utilisation est équitable).

[65] Les défendeurs ont renvoyé à des biographies d’Alanis Morissette, de Sarah McLachlan et de Neil Young, ainsi qu’à l’utilisation qui y est faite des citations. Ces renvois n’ajoutent rien, toutefois, à

known whether the words of the quotations were spoken in a public forum where the individual was in a sense giving them out to all the world, whether they were spoken in a public forum but the speaker asserted a right to control their subsequent use, or whether they were said in a private interview such that the reporter could hold copyright.

#### Summary of Conclusions re: Copyright Infringement

[66] I am not prepared to rely on the United States jurisprudence relating to third party quotes to which counsel for the defendants referred. The Court of Appeal made it very clear in the *Tele-Direct* decision that the use of United States jurisprudence in the copyright area must be approached with great care. It is well known that the history of copyright law in that country has been different from our own. For example, the United States only became a signatory to the Berne Convention in 1989, and the words of the United States constitution have always had a defining role in the development of jurisprudence in that country. Furthermore, it is not as clear as counsel seemed to suggest that the requirement of originality in that country has led to a denial of copyright by an interviewer in the words spoken by an interviewee.

[67] I am not persuaded that the *Tele-Direct* decision overrules the earlier jurisprudence found in the *Express Newspapers* and *Gould Estate* cases. Also, while counsel for the defendants sought to characterize Ms. Hager's work as a compilation, it is not of that nature. The fact that she chose to present her profile of Shania Twain by using the direct quotations she elicited from Ms. Twain in the interview does not lessen its status as an original literary work. In *Slumber-Magic*, *supra*, an advertising brochure was described as a compilation of old and new materials, although it could probably also have been described as a pamphlet or "sheet of letter press."<sup>22</sup>

moins de savoir si les paroles citées ont été prononcées dans un lieu public où la personne en question les offrait au monde entier, si elles ont été prononcées dans un lieu public mais que la personne en question a revendiqué le droit d'en contrôler l'usage ultérieur ou si elles ont été prononcées dans une entrevue privée de sorte que la personne en question pourrait être titulaire d'un droit d'auteur sur celles-ci.

#### Résumé des conclusions au sujet de la violation du droit d'auteur

[66] Je ne suis pas disposée à me fonder sur la jurisprudence américaine concernant les citations de tiers que l'avocat des défendeurs a invoquée. Dans l'arrêt *Télé-Direct*, la Cour d'appel a très clairement indiqué qu'il faut aborder avec beaucoup de circonspection le recours à la jurisprudence américaine dans le domaine du droit d'auteur. Il est notoire que l'histoire du droit d'auteur dans ce pays diffère de la nôtre. Par exemple, ce n'est qu'en 1989 que les États-Unis sont devenus signataires de la Convention de Berne, et le libellé de la constitution des États-Unis a toujours eu un rôle déterminant dans l'évolution de la jurisprudence dans ce pays. En outre, il n'est pas évident, comme l'avocat des défendeurs semble l'indiquer, que l'exigence d'originalité dans ce pays ait mené au refus d'accorder à un interviewer un droit d'auteur sur les paroles prononcées par un interviewé.

[67] Je ne suis pas convaincue que l'arrêt *Télé-Direct* infirme le courant jurisprudentiel antérieur représenté par les décisions *Express Newspapers* et *Gould Estate*. Même si l'avocat des défendeurs a cherché à qualifier l'œuvre de M<sup>me</sup> Hager de compilation, il ne s'agit pas d'un travail de cette nature. Le fait qu'elle ait choisi de présenter son profil de Shania Twain en ayant recours à des citations directes obtenues dans le cadre d'une entrevue avec Shania Twain n'amoindrit pas sa qualité d'œuvre littéraire originale. Dans la décision *Slumber-Magic*, précitée, une brochure publicitaire a été qualifiée de compilation d'anciens et de nouveaux documents, même si elle aurait probablement pu être qualifiée de dépliant ou de «lettre circulaire»<sup>22</sup>.

[68] While the decisions in *Express Newspapers* and *Gould Estate* do not deal directly with a dispute between an interviewer and a third party who has copied the words of an interviewee, the statements in those cases that the interviewer holds the copyright are unequivocal. I consider them to state the law applicable to the circumstances of this case. The quoted words of Ms. Twain cannot be divorced from the context in which they were spoken. They were elicited by Ms. Hager in response to questions she had framed. They were not made to the public at large. She chose the parts of her interview with Shania Twain that would be incorporated into the monograph she wrote. If she had not created the work “Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots”, the quoted words would not have been available for copying.

[69] It was made very clear in the *Slumber-Magic* decision, referred to above, and in other cases, that when assessing copyright protection one must not dissect the work into fragments. It is not appropriate then to fragment Barbara Hager’s work and treat the quotes as independent parts. Barbara Hager’s work required each of (1) skill, (2) judgment and (3) labour for its creation.

[70] As appears from what has been written above, I have found that the taking of parts of Ms. Hager’s text constituted neither fair dealing, nor could one imply consent as a result of an alleged practice in the industry.

[71] I conclude that Michael Holmes breached Barbara Hager’s copyright in her chapter “Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots,” when he copied parts of it into his book *Shania Twain: On My Way*.

#### Damages—Share of Profits—Remedies

[72] That leaves for consideration a determination of the appropriate remedies.

[68] Même si les décisions *Express Newspapers* et *Gould Estate* ne portent pas directement sur un litige opposant un interviewer et un tiers ayant reproduit les paroles d’un interviewé, elles établissent toutes deux de manière non équivoque que l’interviewer est titulaire du droit d’auteur sur ces paroles. J’estime que ces jugements expriment l’état du droit applicable aux circonstances de l’espèce. Les paroles de Shania Twain qui ont été citées ne peuvent être séparées du contexte dans lequel elles ont été prononcées. Elles ont été suscitées par M<sup>me</sup> Hager en réponse aux questions que cette dernière avait préparées. Elles n’étaient pas destinées au public en général. M<sup>me</sup> Hager a choisi les parties de l’entrevue avec Shania Twain qui seraient intégrées à la monographie qu’elle rédigeait. Si elle n’avait pas créé l’œuvre intitulée «Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots», les paroles citées n’auraient pas été disponibles en vue d’être reproduites.

[69] Dans la décision *Slumber-Magic*, précitée, et dans d’autres affaires, il est très clairement établi qu’au moment d’évaluer la protection conférée par le droit d’auteur, il ne faut pas fragmenter l’œuvre en cause. Il ne convient donc pas de fragmenter l’œuvre de Barbara Hager et de traiter les citations comme des parties indépendantes. L’œuvre de Barbara Hager nécessitait à la fois: 1) de l’habileté; 2) du jugement; et 3) des efforts en vue de sa création.

[70] Ainsi qu’il ressort de ce qui précède, j’ai conclu que la reproduction de parties du texte de M<sup>me</sup> Hager ne constitue pas une utilisation équitable, non plus qu’il est possible de présumer d’un consentement à la reproduction découlant d’une soi-disant pratique au sein de l’industrie.

[71] Je conclus que Michael Holmes a porté atteinte au droit d’auteur que Barbara Hager détient à l’égard de son chapitre intitulé «Shania Twain: Buckskin and Cowboy Boots», en reproduisant des extraits dans son livre intitulé *Shania Twain: On My Way*.

#### Domages-intérêts—Quote-part des bénéfices—Recours

[72] Il reste à examiner les redressements appropriés.



[73] Section 35 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20] of the *Copyright Act* states:

35. (1) Where a person infringes copyright, the person is liable to pay such damages to the owner of the copyright as the owner has suffered due to the infringement and, in addition to those damages, such part of the profits that the infringer has made from the infringement and that were not taken into account in calculating the damages as the court considers just.

(2) In proving profits,

(a) the plaintiff shall be required to prove only receipts or revenues derived from the infringement; and

(b) the defendant shall be required to prove every element of cost that the defendant claims. [Emphasis added.]

[74] Damages are difficult to quantify in this case, as they are in many copyright cases. *Honour Song* and *On My Way* are not directly competing books. *Honour Song* is found in book stores in the Native Studies or Canadian Studies section. *On My Way* is a “pop” biography. At the time that *On My Way* was published Ms. Hager was writing a full length biography of Shania Twain for which she was going to use the notes and tape recording of her interviews. The fact that both her book and the ECW book were in preparation was reported in *The Globe and Mail* in August 1997.<sup>23</sup> Thus, both Mr. Lecker and Mr. Holmes would have known that she was writing a book about Shania Twain. Ms. Hager was delayed in producing her book because of an illness in her family. She states that she was forced to change the focus of her book and write a different type of work than had originally been planned, in light of Mr. Holmes’ plagiarism of her work.

[75] In cases where damages are difficult to assess, it is proper to make an award by assuming that there had been a reasonable fee paid by Mr. Holmes to Ms. Hager for the use of her work. Evidence demonstrated that what constitutes a reasonable fee for permission to use part of a copyright work varies depending upon the quantity that is to be used and the purpose to which it will be put. Barbara Hager’s evidence was that had permission been sought she would not have given it. She considered the interview to be one of the

[73] L’article 35 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20] de la *Loi sur le droit d’auteur* dispose:

35. (1) Quiconque viole le droit d’auteur est passible de payer, au titulaire du droit qui a été violé, des dommages-intérêts et, en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits qu’il a réalisés en commettant cette violation et qui n’ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts.

(2) Dans la détermination des profits, le demandeur n’est tenu d’établir que ceux provenant de la violation et le défendeur doit prouver chaque élément du coût qu’il allègue. [Non souligné dans l’original.]

[74] Comme dans de nombreuses affaires en matière de droit d’auteur, il est difficile de quantifier les dommages subis en l’espèce. *Honour Song* et *On My Way* ne sont pas des livres en concurrence directe. Dans les librairies, *Honour Song* se trouve dans la section des études autochtones ou des études canadiennes. *On My Way* est une biographie «populaire». Au moment de la publication de *On My Way*, M<sup>me</sup> Hager rédigeait une biographie complète de Shania Twain pour laquelle elle allait se servir des notes et de l’enregistrement de ses entrevues. En août 1997, *The Globe and Mail* faisait état du fait que son livre et celui d’ECW étaient en préparation<sup>23</sup>. MM. Lecker et Holmes auraient donc su que M<sup>me</sup> Hager écrivait un livre sur Shania Twain. M<sup>me</sup> Hager a été retardée dans son travail en raison de la maladie d’un membre de sa famille. Elle dit qu’elle a été contrainte de changer le sujet de son livre et d’écrire un type différent d’ouvrage que celui qu’elle avait prévu à l’origine parce que M. Holmes avait plagié son œuvre.

[75] Dans les cas où il est difficile d’évaluer les dommages-intérêts, il convient d’attribuer une somme en présumant que M. Holmes a versé des honoraires raisonnables à M<sup>me</sup> Hager pour l’utilisation de son ouvrage. La preuve a démontré que ce qui représente des honoraires raisonnables pour obtenir la permission d’utiliser une partie d’une œuvre protégée par le droit d’auteur varie selon l’importance de l’emprunt et l’usage auquel il est destiné. Dans son témoignage, Barbara Hager a dit que, si la permission lui avait été

most valuable assets of her career and she intended to use it herself. While counsel for the plaintiff argues that one cannot use the "fee assessment" approach to damages when the author asserts that permission would never have been given, I am not persuaded that the law is so categorical. As I understand the jurisprudence it is that one should not force a copyright-owner to accept a court assessed fee in lieu of an injunction. Keeping in mind the plaintiff's reluctance to allow her work to be used at all, I consider \$9,000 to be a reasonable fee.

[76] I turn then to whether the plaintiff should also be awarded a share of the defendants' profits. The record keeping by the defendants, or at least that presented to the Court, is truly abysmal. It is incomplete and has the earmarks of being deliberately confusing. Counsel on his clients' behalf, admitted to net revenues by ECW of \$25,952 (from Canadian sales) and \$52,373 (from sales in the United States and Europe). He then argues that expenses of \$26,457.10 should be allocated against the Canadian revenues and that the revenues from non-Canadian sales should not be included in the accounting of profits because the *Copyright Act* does not have extraterritorial effect. Alternately, he argues that the total claimed expenses of \$66,142 should be subtracted from the \$78,325 revenue, leaving \$13,000 profit. I frankly do not believe the revenue figure. I note that the mass market seal edition was planned for a first run of 50,000 copies. It is hard to believe that a book selling only 8,000-9,000 copies would merit a mass market edition of that size. There is evidence that at least 13,000 copies of the original book were published and that the cover price was \$16.95. The percentage retained by the distributor varies with the distribution agreements: 12% or 6% for General Distribution Services, depending upon point of shipment; 27% for the U.S. distributor Login; and 40% for the European distributor Turnaround. Nevertheless, the plaintiff is required to prove revenues and thus, on the basis of the evidence before

demandée, elle ne l'aurait pas accordée. Elle considère que l'entrevue constituait l'un des atouts les plus précieux de sa carrière et elle entendait s'en réserver l'usage. Même si l'avocat de la demanderesse prétend qu'on ne peut avoir recours à la méthode de l'«évaluation des honoraires» pour déterminer les dommages-intérêts lorsque l'auteur affirme que la permission n'aurait jamais été accordée, je ne suis pas convaincue que la loi soit à ce point catégorique. Selon moi, il ressort de la jurisprudence qu'on ne peut contraindre le titulaire d'un droit d'auteur à accepter des honoraires établis par la Cour à la place d'une injonction. Vu l'hésitation de la demanderesse à autoriser que l'on utilise de quelque manière son œuvre, j'estime que la somme de 9 000 \$ correspond à des honoraires raisonnables.

[76] Je passe maintenant à la question de savoir s'il convient d'attribuer aussi à la demanderesse une quote-part des bénéfices des défendeurs. La comptabilité des défendeurs, ou du moins ce qui a été présenté à la Cour, est véritablement lamentable. Elle est incomplète et semble avoir été délibérément embrouillée. Pour le compte de ses clients, l'avocat des défendeurs a admis qu'ECW avait touché des revenus nets de 25 952 \$ (des ventes canadiennes) et de 52 373 \$ (des ventes aux États-Unis et en Europe). Il a ensuite fait valoir qu'il fallait déduire des dépenses totalisant 26 457,10 \$ des revenus canadiens, et que les revenus provenant des ventes non canadiennes ne devraient pas être inclus dans la comptabilisation des bénéfices parce que la *Loi sur le droit d'auteur* n'a pas de portée extra-territoriale. Subsidiairement, il fait valoir que le total des dépenses réclamées, qui s'élève à 66 142 \$, devrait être soustrait du revenu de 78 325 \$, donnant ainsi un bénéfice de 13 000 \$. Je n'ajoute aucunement foi à ce chiffre. Je souligne que le nombre de copies de la première impression de l'édition de seal destinée au marché de masse a été établi à 50 000. Il est difficile de croire qu'un livre qui ne s'est vendu qu'à 8 000 ou 9 000 exemplaires justifie un tirage aussi important pour le marché de masse. Selon certains éléments de preuve, on a tiré au moins 13 000 copies du livre original, le prix indiqué sur la couverture étant de 16,95 \$. Le pourcentage conservé par le distributeur varie selon les accords de distribution: 12 % ou 6 %

me, I am forced to accept as a starting point the admission that net revenues were \$78,325. In so far as expenses are concerned, counsel for the plaintiff has agreed that the amounts of \$2,410.71 for colour scanning, \$27,178 for printing, \$7,508.19 for photo permissions and \$7,176.75 for advertising were proven and are properly deductible from the revenues. These are amounts paid to independent third parties pursuant to invoices that in most instances identify the expense as relating to the Shania Twain book. The other alleged expenses in my view have not been properly proven. This includes not only the expenses that ECW claims but also those claimed by Michael Holmes. Deducting the expenses that have been proven from the admitted revenues leaves \$34,053. Ms. Hager should receive 10% of this. I have not taken into account the grants ECW receives from arts councils.

[77] I do not accept the argument that non-Canadian revenues should not be included. The books were published in Canada, sent from Canada for sale abroad and the revenues were paid to the defendants.

[78] A judgment will therefore issue requiring the defendants to pay the plaintiff \$12,405 and the costs of her action.

<sup>1</sup> Exhibit 4(45).

<sup>2</sup> [S. 3 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 3).]

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

<sup>3</sup> [S. 2 (as am. *idem*, s. 1).]

2. In this Act,

"infringing" means

pour General Distribution Services, en fonction du point d'expédition; 27 % pour le distributeur américain Login; et 40 % pour le distributeur européen, Turnaround. Néanmoins, la demanderesse est tenue de prouver les revenus et, d'après les éléments de preuve qui m'ont été soumis, je suis contrainte de prendre pour point de départ l'aveu selon lequel les revenus nets s'élevaient à 78 325 \$. Pour ce qui est des dépenses, l'avocat de la demanderesse a convenu que les montants de 2 410,71 \$ pour la lecture optique couleur, 27 178 \$ pour l'impression, 7 508,19 \$ pour les autorisations relatives aux photographies et de 7 176,75 \$ pour la publicité ont été prouvés et sont à juste titre déductibles des revenus. Il s'agit de sommes versées à des tiers indépendants qui ont envoyé des factures, lesquelles mentionnent pour la plupart que la dépense est afférente au livre sur Shania Twain. J'estime que les autres dépenses alléguées n'ont pas été prouvées adéquatement. Cela inclut non seulement les dépenses qu'ECW réclame mais aussi celles dont Michael Holmes fait état. Après déduction des revenus admis des dépenses prouvées, il reste 34 053 \$. M<sup>me</sup> Hager devrait recevoir 10 % de ce montant. Je ne suis pas tenue de prendre en compte les subventions qu'ECW reçoit des conseils des arts.

[77] Je ne souscris pas à l'argument selon lequel les revenus non canadiens ne doivent pas être inclus. Les livres ont été publiés au Canada, et expédiés à partir du Canada en vue d'être vendus à l'étranger, et les revenus ont été versés aux défendeurs.

[78] Par conséquent, il sera ordonné aux défendeurs de verser à la demanderesse la somme de 12 405 \$ ainsi que les dépens de son action.

<sup>1</sup> Pièce 4(45).

<sup>2</sup> [Art. 3 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 3).]

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif:

<sup>3</sup> [Art. 2 (mod., *idem*, art. 1).]

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

«contrefaçon»

(a) in relation to a work in which copyright subsists, any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act,

<sup>4</sup> H. G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1967), at pp. 42-43, fn. 110; Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law" (1992), 55 *Law & Contemp. Prob.* 3, at p. 7.

<sup>5</sup> Abrams, *ibid.*, at p. 7.

<sup>6</sup> Although H. P. Knopf, "Limits on the Nature and Scope of Copyright", in G. F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994) 229 states, at p. 241:

As more and more attempts are made to bootstrap high technology and commercial information of no particular aesthetic value into the copyright system, courts seem to be applying a higher and higher threshold of originality in order to preserve some sense of the original purpose of copyright law, which was to encourage literary, artistic, dramatic and musical creativity.

<sup>7</sup> *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, [1994] Can. T.S. No. 2 (hereinafter NAFTA).

<sup>8</sup> Bill H.R. 2652, *Collections of Information Antipiracy Act*, 2nd Sess., 105th Congress, 1998 (passed House of Representatives 19 May 1998); currently under consideration in the Senate, Bill S. 2291.

<sup>9</sup> There has been considerable debate as to whether *Feist* changed the pre-existing law in the United States in a dramatic fashion or merely added a minor gloss for databases. H. P. Knopf, *supra*, note 6, at p. 240, suggests the former. H. B. Abrams, *supra*, note 4, at p. 43, states that *Feist* constitutes a fundamental re-examination and reformulation of the concept of originality applicable to all works of authorship, but he concludes that the decision will really have little effect, even on compilations, because the creativity component can be easily satisfied. In *Goldstein's Copyright*, 2nd ed. (New-York: Aspen Law & Business) §2.2.1 the *Feist* decision is described as a "significant departure from precedent" while at the same time evidencing "an intention to immunize most classes of copyrightable works from case-by-case scrutiny for creative content." Opposing views on the merits of the *Feist* decision are found in David Allsebrook, "Originality is 'No Sweat': Originality in the Canadian Law of Copyright" (1992), 9 *Can. Intell. Prop. Rev.* 270, and Norman Siebrasse, "Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada" (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191. An analysis of the decision is also found in Pamela Samuelson, "The Originality Standard for Literary Works Under U.S. Copyright Law" (1994), 42 *Am. J. Comp. L.* 393.

a) À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

<sup>4</sup> H. G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell, 1967, aux p. 42 et 43, note 110; Howard B. Abrams, «Originality and Creativity in Copyright Law» (1992), 55 *Law & Contemp. Prob.* 3, à la p. 7.

<sup>5</sup> Abrams, *ibid.*, à la p. 7.

<sup>6</sup> Bien que dans «Limits on the Nature and Scope of Copyright», publié dans G. F. Henderson, éd., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 229, H. P. Knopf dise à la p. 241:

[TRADUCTION] Pendant que de plus en plus d'efforts sont faits pour intégrer l'information technologique et commerciale dépourvue de valeur esthétique dans le régime du droit d'auteur, les tribunaux semblent appliquer un seuil de plus en plus élevé d'originalité afin de préserver un peu l'esprit original de la loi sur le droit d'auteur, qui visait à favoriser la créativité littéraire, artistique, dramatique et musicale.

<sup>7</sup> *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (ALÉNA), [1994] Can. T.S. n° 2.

<sup>8</sup> Bill H.R. 2652, *Collections of Information Antipiracy Act*, 2nd Sess., 105th Congress, 1998 (adopté par la Chambre des représentants le 19 mai 1998); actuellement à l'étude au Sénat, Bill S. 2291.

<sup>9</sup> Il y a un vif débat sur la question de savoir si l'arrêt *Feist* a modifié sensiblement le droit préexistant aux États-Unis ou s'il a simplement ajouté un complément mineur visant les bases de données. H. P. Knopf, *supra*, note 6, à la p. 240, suggère la première possibilité. H. B. Abrams, *supra*, note 4, à la p. 43, dit que l'arrêt *Feist* constitue un réexamen fondamental et une reformulation du concept d'originalité applicable à toutes les œuvres originales, mais il conclut que la décision n'aura qu'une faible incidence, même sur les compilations, parce que l'exigence de créativité peut être facilement respectée. Dans *Goldstein's Copyright*, 2<sup>e</sup> éd., (New York: Aspen Law & Business) §2.2.1 l'arrêt *Feist* est qualifié de [TRADUCTION] «changement important par rapport à la jurisprudence» tout en confirmant [TRADUCTION] «une intention d'immuniser la plupart des catégories d'œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur contre un examen individuel du contenu créateur». Des opinions opposées sur le bien-fondé de l'arrêt *Feist* sont exposées dans David Allsebrook, «Originality is "No Sweat": Originality in the Canadian Law of Copyright», (1992), 9 *Can. Intell. Prop. Rev.* 270, et Norman Siebrasse, «Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada» (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191. Une analyse de cet arrêt se retrouve aussi dans Pamela Samuelson, «The Originality Standard for Literary Works Under U.S. Copyright Law» (1994), 42 *Am. J. Comp. L.* 393.

<sup>10</sup> An unusual case in that the same individual was the author of both books, one being a longer account of the same events mentioned in the first book. The author had assigned his copyright interest in the first book to the plaintiff. The usual indicator of copying, i.e., writing style, was thus not available to assess whether the second text was a copying of the first or an independent creation.

<sup>11</sup> Hugues G. Richard, "Concept of Infringement in the Copyright Act" in Henderson, ed., *supra*, note 6, 201, at p. 217; Knopf in Henderson, ed., *supra*, note 6, at pp. 258-259; D. Vaver, *supra* para. 15, at p. 101.

<sup>12</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 339.

<sup>13</sup> Exhibit 4(51).

<sup>14</sup> Exhibit 4(52).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Transcript, Vol. 3, at pp. 501-502.

<sup>17</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 280.

<sup>18</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 235.

<sup>19</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 227.

<sup>20</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 239.

<sup>21</sup> Transcript, Vol. 2, at p. 240.

<sup>22</sup> W. L. Hayhurst, "Copyright Subject-Matter" in Henderson, ed., *supra*, note 6, at p. 61.

<sup>23</sup> Exhibit 4(13).

<sup>10</sup> Il s'agit d'une affaire inusitée en ce sens que la même personne était l'auteur des deux livres, le second étant un compte rendu plus long des événements relatés dans le premier. L'auteur avait cédé au demandeur son droit d'auteur sur le premier livre. L'indice habituel de plagiat, c'est-à-dire le style d'écriture, ne pouvait donc pas permettre d'évaluer si le second texte plagiait le premier ou était une création indépendante.

<sup>11</sup> Hugues G. Richard, «Concept of Infringement in the Copyright Act» publié dans Henderson, éd., *op. cit.*, note 6, 201, à la p. 217; Knopf dans Henderson, éd., *op. cit.*, note 6, aux p. 258 et 259; D. Vaver, *op. cit.*, par. 15, à la p. 101.

<sup>12</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 339.

<sup>13</sup> Pièce 4(51).

<sup>14</sup> Pièce 4(52).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Transcriptions, vol. 3, aux p. 501 et 502.

<sup>17</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 280.

<sup>18</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 235.

<sup>19</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 227.

<sup>20</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 239.

<sup>21</sup> Transcriptions, vol. 2, à la p. 240.

<sup>22</sup> W. L. Hayhurst, «Copyright Subject-Matter» publié dans Henderson, éd., *supra*, note 6, à la p. 61.

<sup>23</sup> Pièce 4(13).

T-763-98

**Gregory Murphy, Garnet Westhaver, John P. Keith, Gerard A. MacDonald, Brian H. Russell, Gerard Angus MacGillivray and Charles Blenkhorn**  
(Applicants)

v.

**Attorney General of Canada (Revenue Canada)**  
(Respondent)

**INDEXED AS: MURPHY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
(T.D.)

Trial Division, McGillis J.—Ottawa, November 30 and December 17, 1998.

*Public Service — Appeals — Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to applicants' representative scoring manual used to correct in-basket exercise completed by them in competition — Chairwoman holding bound by Hasan v. Canada (Attorney General), wherein held applicant not entitled to access to scoring manual — Chairwoman not bound by Hasan, decided under previous Public Service Employment Regulations — Failed to appreciate changes implemented in amended legislative scheme, including discretionary power accorded to appeal board to order access to any document in relation to which deputy head, Commission refusing access, subject to any conditions deemed necessary to make certain continued use of standardized test will not be compromised or that results not prejudiced — Erred by failing to consider under s. 24(5), (6) whether ought to order access to scoring manual subject to conditions, given deputy head's refusal to allow access.*

This was an application for judicial review of the Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to the applicants' representative the scoring manual used to correct a supervisory in-basket exercise completed by them as part of a closed competition held by the Department of National Revenue. The applicants were unsuccessful in the competition, and appealed against the selections for appointment on the basis that "the board of selection failed to consistently and properly assess qualifications and failed to use appropriate selection tools". At a disclosure meeting, Revenue Canada refused to disclose the scoring manual to the applicants' representative. The applicants filed a motion for disclosure. The Chairwoman of the Appeal Board

T-763-98

**Gregory Murphy, Garnet Westhaver, John P. Keith, Gerard A. MacDonald, Brian H. Russell, Gerard Angus MacGillivray et Charles Blenkhorn**  
(demandeurs)

c.

**Le procureur général du Canada (Revenu Canada)**  
(défendeur)

**RÉPERTORIÉ: MURPHY c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL)**  
(1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge McGillis—Ottawa, 30 novembre et 17 décembre 1998.

*Fonction publique — Appels — Contrôle judiciaire du refus du comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille que ces derniers avaient effectué dans le cadre d'un concours — La présidente a soutenu être liée par la décision Hasan c. Canada (Procureur général), dans laquelle il a été conclu que le demandeur n'avait pas accès au guide de notation — La présidente n'était pas liée par la décision Hasan, qui avait été rendue sous le régime de l'ancien Règlement sur l'emploi dans la fonction publique — Elle a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment du pouvoir discrétionnaire, conféré au comité d'appel, d'ordonner l'accès à tout document à l'égard duquel l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher que la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés — Elle a commis une erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu de l'art. 24(5) et (6), ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions, vu que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille que ces derniers avaient effectué dans le cadre d'un concours interne tenu par le ministère du Revenu national. Les demandeurs n'ont pas été reçus et ils en ont appelé des nominations pour le motif que «le jury de sélection a[avait] omis d'évaluer d'une façon uniforme et appropriée les qualifications et a[avait] omis d'utiliser les outils de sélection appropriés». À une réunion au sujet de la divulgation, Revenu Canada a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs. Les demandeurs

refused to provide the applicants' representative with access to the scoring manual, holding that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)*, wherein Richard J. held, on April 12, 1996, that subsection 24(1) of the previous Regulations permitted either the applicant or his representative to have access to various documents concerning the standardized test, except the scoring manual used to mark the test because it was not within the class of documents for which disclosure rights are provided by subsection 24(1). The *Public Service Employment Regulations, 1993*, (the amended Regulations) were proclaimed in force on December 1, 1996. Subsection 24(1) provides that an appellant must be "provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board". On December 3, 1996 the Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

The issue was whether the Chairwoman of the Appeal Board erred in refusing to disclose to the applicants' representative the scoring manual.

*Held*, the application should be allowed.

The previous Regulations drew a clear distinction between access to documents, which was governed by subsection 24(1), and the provision of copies of documents, which was governed by subsections 24(2) and (3). An appellant's representative was entitled to have access to a document that fell within the terms of subsection 24(1), but could be denied the right to have a copy of that document. No provision of the previous Regulations provided the deputy head, the Commission or the appeal board with any other discretionary power in relation to access or disclosure.

In contrast, the amended Regulations qualify the subsection 24(1) disclosure provision by permitting the deputy head and the Commission to refuse to allow access where the disclosure might prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. Furthermore, the amended Regulations accord a discretionary power to the appeal board to order access to any document in relation to which the deputy head or the Commission has refused access, subject to any conditions deemed necessary to make certain, among other things, that the continued use of the standardized test will not be compromised or that its results will not be prejudiced. The amended Regulations also make it clear that disclosure may only be granted in relation to documents or information that fall within the terms of subsection 24(1). There is no residual discretionary power under any other provision to enable the deputy head, the Commission or the appeal board to order disclosure of any other document or information. Finally, the amended Regulations introduce and define the concept of "full disclosure", and contain several provisions designed to

ont déposé une requête en divulgation. La présidente du Comité d'appel a refusé de donner au représentant des demandeurs accès au guide de notation, soutenant être liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, dans laquelle le juge Richard a conclu, le 12 avril 1996, que le paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement permettait au demandeur ou à son représentant d'avoir accès à divers documents concernant le test standardisé, à l'exception du guide de notation utilisé pour noter le test parce qu'il ne se rangeait pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication. Le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)*, (le nouveau Règlement) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1996. Le paragraphe 24(1) prévoit qu'un appelant doit «[avoir] accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel». Le 3 décembre 1996, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

La question à trancher était de savoir si la présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs.

*Jugement*: la demande est accueillie.

L'ancien Règlement faisait une distinction claire entre l'accès aux documents, qui était régi par le paragraphe 24(1), et la communication de copies de documents, qui était régie par les paragraphes 24(2) et (3). Le représentant d'un appelant avait accès aux documents visés au paragraphe 24(1), mais pouvait se voir refuser le droit d'obtenir une copie de ce document. Aucune disposition de l'ancien Règlement ne conférait à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel un autre pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accès ou de la divulgation.

Par contre, le nouveau Règlement restreint la divulgation prévue au paragraphe 24(1) en permettant à l'administrateur général et à la Commission de refuser de donner accès à des documents si leur divulgation risque de nuire à la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ou de fausser les résultats d'un tel test en conférant un avantage indu à une personne. En outre, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'ordonner d'accorder l'accès à un document à l'égard duquel l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l'utilisation du test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés. Le nouveau Règlement montre également d'une façon tout à fait claire que la divulgation peut uniquement avoir lieu à l'égard de documents ou d'informations qui sont visés par les dispositions du paragraphe 24(1). Il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu d'une autre disposition permettant à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel d'ordonner la divulgation d'autres documents ou d'autres informations.

ensure that the appellant receives full disclosure prior to the hearing. In particular, the Regulations vest the appeal board with the discretionary power to impose any measure that it considers necessary for the completion of full disclosure.

The amended legislative scheme was designed to balance the competing interests of the appellant in receiving full disclosure and of the government in protecting the confidentiality and integrity of the standardized tests. In order to achieve the appropriate balance, the amended Regulations provide for full disclosure to an appellant, recognizing that circumstances may exist in which disclosure should be refused or granted subject to conditions in order to protect the confidentiality and integrity of the standardized test. The amendments clearly contemplate that documents or information pertaining to a standardized test will be subject to disclosure; otherwise, there would be no necessity for the provisions granting discretionary powers to the deputy head, Commission and appeal board in relation to standardized tests. The scoring manual is one of the documents directly related to the administration and use of the standardized test and, as such may be information or a document "that pertains to the appellant or to the successful candidate, and that is liable to be disclosed before the appeal board", within the meaning of subsection 24(1). The question of whether a scoring manual ought to be disclosed to an appellant under subsection 24(1) depends on its relevance in the context of the facts of the case. However, even if the scoring manual is subject to disclosure on the facts of a particular case, the deputy head or the Commission and the appeal board may exercise their various discretionary powers under the amended Regulations.

The Chairwoman of the Appeal Board erred in determining that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)* which was decided in the context of the previous Regulations. In so concluding, she failed to appreciate the changes implemented in the amended legislative scheme, including the nature and extent of the discretionary powers accorded to the appeal board. In particular, the Chairwoman erred by failing to consider, under subsections 24(5) and (6) of the amended Regulations, whether she ought to order access to the scoring manual, subject to any conditions, given the refusal of the deputy head to allow access.

Enfin, le nouveau Règlement introduit et définit le concept de «divulgence complète» et renferme plusieurs dispositions destinées à garantir que l'appellant obtienne une divulgation complète avant l'audience. En particulier, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'imposer toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

Le nouveau régime législatif était destiné à mettre en balance les intérêts divergents de l'appellant qui cherche à obtenir une divulgation complète, et du gouvernement, qui cherche à protéger la confidentialité et l'intégrité des tests standardisés. Afin d'en arriver à l'équilibre approprié, le nouveau Règlement prévoit la divulgation complète à l'appellant, en reconnaissant qu'il peut néanmoins y avoir des cas dans lesquels la divulgation devrait être refusée ou encore être accordée à certaines conditions afin de protéger la confidentialité et l'intégrité du test standardisé. Les modifications prévoient clairement que les documents ou l'information se rapportant à un test standardisé seront assujettis à la divulgation; autrement, les dispositions conférant des pouvoirs discrétionnaires à l'administrateur général, à la Commission et au comité d'appel à l'égard des tests standardisés ne seraient pas nécessaires. Le guide de notation est l'un des documents se rapportant directement à l'administration et à l'utilisation du test standardisé et, en tant que tel, il peut constituer une information ou un document «qui contient des renseignements concernant [l'appellant] ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel» au sens du paragraphe 24(1). La question de savoir si le guide de notation doit être divulgué à l'appellant en vertu du paragraphe 24(1) dépend de sa pertinence dans le contexte des faits de l'affaire. Toutefois, même si le guide de notation est assujetti à la divulgation compte tenu des faits d'une affaire particulière, l'administrateur général ou la Commission et le comité d'appel peuvent exercer leurs divers pouvoirs discrétionnaires en vertu du nouveau Règlement.

La présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'elle était liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, qui a été rendue dans le contexte de l'ancien Règlement. De fait, en concluant qu'elle était liée par cette décision, elle a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment de la nature et de l'étendue des pouvoirs discrétionnaires conférés au comité d'appel. En particulier, la présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu des paragraphes 24(5) et (6) du nouveau Règlement, ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions, vu que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969*, [1989] Can. T.S. No. 46.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les*



*International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971*, [1989] Can. T.S. No. 47.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).  
*Public Service Employment Regulations, 1993*, SOR/93-286, ss. 20 (as am. by SOR/96-482, s. 2), 23 (as am. *idem*, s. 4), 24 (as am. *idem*), 25 (as am. *idem*).

*hydrocarbures*, [1989] R.T. Can n° 46.  
*Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, [1989] R.T. Can n° 47.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).  
*Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)*, DORS/93-286, art. 20 (mod. par DORS/96-482, art. 2), 23 (mod., *idem*, art. 4), 24 (mod., *idem*), 25 (mod., *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Hasan v. Canada (Attorney General)* (1996), 111 F.T.R. 217 (F.C.T.D.); *affid Canada (Attorney General) v. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to the applicants' representative the scoring manual used to correct an in-basket exercise completed by them in a competition. Application allowed.

##### APPEARANCES:

*Dougald E. Brown* for applicants.  
*S. Ronald Stevenson* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Nelligan Power*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MCGILLIS J.:

#### INTRODUCTION

[1] The applicants have challenged by way of judicial review a decision, dated March 20, 1998, of the Chairwoman of the Public Service Commission Appeal Board (Chairwoman of the Appeal Board) on

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Hasan c. Canada (Procureur général)* (1996), 111 F.T.R. 217 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par Canada (Procureur général) c. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille qu'ils avaient effectué dans le cadre d'un concours. Demande accueillie.

##### ONT COMPARU:

*Dougald E. Brown* pour les demandeurs.  
*S. Ronald Stevenson* pour le défendeur.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Nelligan Power*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE MCGILLIS:

#### INTRODUCTION

[1] Les demandeurs ont contesté au moyen d'un contrôle judiciaire une décision datée du 20 mars 1998 de la présidente du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (la présidente du Comité

an interlocutory motion for the disclosure of information. In particular, the applicants have alleged that the Chairwoman of the Appeal Board erred by refusing to disclose to their representative the scoring manual used to correct an in-basket exercise completed by them in a competition.

### FACTS

[2] The applicants were candidates in a closed competition held by the Department of National Revenue (Revenue Canada) for positions of Team Leader, Audit, AU-04. As part of the competition, all candidates were required to complete Revenue Canada's Supervisory In-Basket Exercise (in-basket exercise), a standardized and professionally developed test created for Revenue Canada in 1992. The candidates' responses were marked by "scorers" on contract with Revenue Canada, who had been trained in marking the in-basket exercise by making use of a scoring manual.

[3] The applicants were unsuccessful in the competition, and appealed to the Appeal Board against the selections for appointment, pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, as amended [by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15] (Act), on the basis that "the board of selection failed to consistently and properly assess qualifications and failed to use appropriate selection tools."

[4] On October 28, 1997, the applicants attended a disclosure meeting with an official of Revenue Canada. During the course of that meeting, Revenue Canada refused to disclose the scoring manual to the applicants' representative. The previous practice of Revenue Canada had been to disclose to an unsuccessful candidate's representative the in-basket exercise test materials and the scoring manual, under the terms of a confidentiality agreement. However, following the proclamation of the Regulations Amending the *Public*

d'appel), concernant une requête interlocutoire visant à la divulgation d'information. En particulier, les demandeurs ont allégué que la présidente du Comité d'appel avait commis une erreur en refusant de communiquer à leur représentant le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille [exercice d'aptitude à l'expédition des affaires courantes] qu'ils avaient effectué dans le cadre d'un concours.

### LES FAITS

[2] Les demandeurs étaient candidats à un concours interne tenu par le ministère du Revenu national (Revenu Canada) à l'égard de postes de chef d'équipe, Vérification, AU-04. Dans le cadre du concours, tous les candidats étaient tenus d'effectuer l'exercice de la corbeille à l'intention des superviseurs (l'exercice de la corbeille) de Revenu Canada, qui est un test standardisé à caractère professionnel élaboré pour Revenu Canada en 1992. Les réponses des candidats étaient notées par des correcteurs qui travaillaient à forfait pour Revenu Canada et qui avaient reçu une formation pour noter l'exercice de la corbeille à l'aide du guide de notation.

[3] Les demandeurs n'ont pas été reçus; ils en ont appelé des nominations devant le Comité d'appel, conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, dans sa forme modifiée [par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15] (la Loi), pour le motif que [TRADUCTION] «le jury de sélection a[vait] omis d'évaluer d'une façon uniforme et appropriée les qualifications et a[vait] omis d'utiliser les outils de sélection appropriés».

[4] Le 28 octobre 1997, les demandeurs ont assisté à une rencontre avec un représentant de Revenu Canada au sujet de la divulgation. Pendant la rencontre, le représentant a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs. Par le passé, Revenu Canada divulguait au représentant d'un candidat non reçu les documents relatifs à l'exercice de la corbeille et le guide de notation, en vertu d'une entente de confidentialité. Toutefois, à la suite de la promulgation du *Règlement sur l'emploi dans la*

*Service Employment Regulations, 1993* [SOR/93-286], SOR/96-482 (amended Regulations), Revenue Canada changed its practice by refusing to disclose the scoring manual.

[5] In or about November 1997, the applicants filed with the Appeal Board a motion for disclosure, pursuant to subsection 24(5) of the amended Regulations [SOR/96-482, s. 4], seeking the disclosure of certain information and documents. Among other things, they requested the Appeal Board to provide their representative with access to the scoring manual used to mark their in-basket exercises.

[6] In a decision dated March 20, 1998, the Chairwoman of the Appeal Board granted disclosure of certain information and documents to the applicants, on terms and conditions. However, she refused to provide the applicants' representative with access to the scoring manual. In her reasons, she stated as follows with respect to the question of disclosure of the scoring manual:

The [applicants'] representative sought access for himself alone to the scoring manual. In seeking to have such access denied, the department cited subsections 24(1) of the Regulations and its interpretation in *Hasan v. Attorney General of Canada* and *Attorney General v. Kam et al.* where the courts declined to find that the manual was a document that "contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate.[sic]" pursuant to subsection 24(1). The representative also cited subsection 24(3)(a) and (b) of the Regulations as a reason for not wanting such access. These subsections read:

24.(3) Despite subsections (1) and (2), the deputy head concerned may refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, if the disclosure might . . . .

(c) affect the results of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

The [applicants] here are apparently not taking issue with the validity and reliability of the Supervisory In-Basket Exercise—a strategic decision that would normally occur only once in the history of a standardized test. Such a decision would make for an appeal hearing of an altogether different order of magnitude; and, as a practical matter, such allegations would invariably require full and complete

*fonction publique (1993)* [DORS/93-286]—modifié par DORS/96-482 (le nouveau Règlement), Revenu Canada a modifié sa pratique en refusant de communiquer le guide de notation.

[5] En novembre 1997 ou à peu près à ce moment-là, les demandeurs ont déposé auprès du Comité d'appel, conformément au paragraphe 24(5) du nouveau Règlement [DORS/96-482, art. 4], une requête visant à la divulgation de certaines informations et de certains documents. Entre autres choses, ils ont demandé au Comité d'appel de donner à leur représentant accès au guide de notation utilisé pour noter les exercices de la corbeille.

[6] Dans une décision datée du 20 mars 1998, la présidente du Comité d'appel a permis, à certaines conditions, la divulgation de certaines informations et de certains documents aux demandeurs. Toutefois, elle a refusé de donner au représentant des demandeurs accès au guide de notation. Dans ses motifs, la présidente du Comité d'appel a défini comme suit la question de la communication du guide de notation:

[TRADUCTION] Le représentant [des demandeurs] a demandé que l'accès au guide de notation lui soit donné à lui seul. À l'appui du refus de donner accès à ce document, le ministère a cité le paragraphe 24(1) du Règlement ainsi que l'interprétation qui a été donnée à cette disposition dans les jugements *Hasan c. Procureur général du Canada* et *Procureur général c. Kam et al.*, où les tribunaux ont refusé de conclure que le guide était un document qui «contient des renseignements concernant l'appellant ou le candidat reçu» aux termes du paragraphe 24(1). Le représentant a également cité les alinéas 24(3)a) et b) du Règlement comme motif de ne pas vouloir donner accès au document en question. Ces dispositions sont ainsi libellées:

24.(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), l'administrateur général en cause peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

[. . .]

c) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

Les [demandeurs] ne remettent apparemment pas en question la validité et la fiabilité de l'exercice de la corbeille à l'intention de superviseurs—décision stratégique qui ne serait normalement prise qu'une fois dans l'histoire du test standardisé. Pareille décision donnerait lieu à une audience en appel beaucoup plus importante; en pratique, pareilles allégations exigeraient toujours une divulgation pleine et

disclosure to expert witnesses on both sides and a subsequent exchanges of analysis between such persons.

Any challenge to the validity and reliability of the [in-basket exercise] could not justify the subordination of the requirements of a fair hearing under section 21(1) of the *Public Service Employment Act* to a narrow interpretation of subsection 24(1) of the Regulations. The scoring manual would be relevant to the determination of these issues, and arrangements would have to be made for its disclosure under appropriate conditions. However, the only rationale given in aid of disclosure in this case has been a reference to “inconsistencies in marking” and “marking errors”, and, in this circumstance, I am bound by the holding in *Hasan*, above. Accordingly, I will not require that the [applicants’] representative be granted access to the scoring manual.

[7] No evidence was adduced by the respondent to establish that Revenue Canada’s previous practice of disclosing the scoring manual created any problems in relation to the confidentiality or integrity of the in-basket exercise.

### ISSUE

[8] The question to be determined on this application for judicial review is whether the Chairwoman of the Appeal Board erred in refusing to disclose the scoring manual to the applicants’ representative.

### ANALYSIS

[9] In order to determine the question raised in this application for judicial review, the legislative framework and the jurisprudence governing the disclosure of materials by the Appeal Board must be considered.

#### (i) Previous Regulations

[10] Prior to the amendments in 1996, section 24 of the *Public Service Employment Regulations, 1993*, SOR/93-286 (previous Regulations) provided for the disclosure of materials for use on an appeal in the following terms:

24. (1) An appellant or the appellant’s representative shall be provided access, on request, to any document that

complète aux témoins experts des deux parties et des échanges subséquents d’analyses entre pareilles personnes.

La contestation de la validité et de la fiabilité de [l’exercice de la corbeille] ne permettrait pas de subordonner les exigences relatives à la tenue d’une audience équitable en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* à une interprétation stricte du paragraphe 24(1) du Règlement. Le guide de notation aurait quelque chose à voir avec le règlement de ces questions, et il faudrait prendre des dispositions en vue de sa divulgation à certaines conditions. Toutefois, à l’appui de la divulgation en l’espèce on a uniquement invoqué des «incohérences dans la notation» et des «erreurs de correction»; cela étant, je suis liée par le jugement *Hasan*, précité. Je n’exigerai donc pas que l’accès au guide de notation soit accordé au représentant [des demandeurs].

[7] Le défendeur n’a présenté aucun élément de preuve en vue d’établir que la pratique passée qui existait à Revenu Canada, selon laquelle le guide de notation était communiqué, suscitait des problèmes à l’égard de la confidentialité ou de l’intégrité de l’exercice de la corbeille.

### LE POINT EN LITIGE

[8] La question à trancher dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir si la présidente du Comité d’appel a commis une erreur en refusant de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs.

### ANALYSE

[9] Afin de trancher la question qui se pose en l’espèce, il faut examiner le cadre législatif et la jurisprudence régissant la divulgation de documents par le Comité d’appel.

#### i) L’ancien Règlement

[10] Avant que des modifications soient effectuées en 1996, l’article 24 du *Règlement sur l’emploi dans la fonction publique (1993)*, DORS/93-286 (l’ancien Règlement) prévoyait comme suit la communication de documents devant être utilisés dans le cadre d’un appel:

24. (1) L’appelant ou son représentant a accès, sur demande, à tout document qui contient des renseignements

contains information that pertains to the appellant or to the successful candidate and that may be disclosed before the appeal board.

(2) The appropriate deputy head may provide, on request, to the appellant or to the appellant's representative a copy of any document referred to in subsection (1).

(3) Where the appropriate deputy head refuses to provide a copy of a document, the appellant or the appellant's representative may request that the appeal board order that a copy of the document be provided to the appellant or the appellant's representative.

[11] The extent of the disclosure to be provided, under subsection 24(1) of the previous Regulations, to an unsuccessful candidate in a closed competition was considered by Richard J. (as he then was) in *Hasan v. Canada (Attorney General)* (1996), 111 F.T.R. 217 (F.C.T.D.). In that case, the Appeal Board had made an interlocutory ruling refusing to permit the applicant to examine personally the documents pertaining to the standardized test, similar to the in-basket exercise, which had been used to assess his ability qualifications in the competition. The applicant was not represented before the Appeal Board, and had requested disclosure of all relevant materials to himself personally, including the scoring manual used by assessors to mark his test responses.

[12] In his reasons at page 220, Richard J. outlined the practice followed by Revenue Canada, prior to the proclamation of the amended Regulations, for the disclosure of materials on an appeal to the Appeal Board under section 21 of the Act. He noted that there were two phases to the disclosure. In the first phase, the appellant was given all documents pertaining to his assessment, as well as a description by a departmental representative of the manner in which the standardized test was used in the selection process, without revealing "the 'expected' or 'correct' answers or behaviour." In the second phase, the appellant's representative was given full access to the standardized test materials, namely all documents pertaining to the appellant and the successful candidate, including the scoring manual used by the assessors to mark the test. The appellant was not authorized to consult the scoring manual, and

concernant l'appelant ou le candidat reçu qui sont susceptibles d'être communiqués au comité d'appel.

(2) L'administrateur général compétent peut fournir, sur demande, une copie de tout document visé au paragraphe (1) à l'appelant ou à son représentant.

(3) Dans le cas où l'administrateur général compétent refuse de fournir une copie d'un document, l'appelant ou son représentant peut demander que le comité d'appel ordonne la délivrance d'une copie du document à l'un ou l'autre.

[11] Le juge Richard (tel était alors son titre) a examiné dans la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)* (1996), 111 F.T.R. 217 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), l'étendue de la communication qui devait être accordée en vertu du paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement à un candidat non reçu lors d'un concours interne. Dans cette affaire-là, le Comité d'appel avait rendu une décision interlocutoire refusant au demandeur d'examiner personnellement les documents se rapportant au test standardisé, similaire à l'exercice de la corbeille, qui avait été utilisé pour évaluer ses habiletés dans le cadre du concours. Le demandeur n'était pas représenté devant le Comité d'appel et avait demandé la communication de tous les documents le concernant, y compris le guide de notation que les évaluateurs avaient utilisé en vue de noter ses réponses.

[12] Dans ses motifs, à la page 220, le juge Richard a énoncé la pratique suivie par Revenu Canada, avant la promulgation du nouveau Règlement, à l'égard de la communication de documents dans le cadre d'un appel devant le Comité d'appel en vertu de l'article 21 de la Loi. Le juge a fait remarquer que la communication se faisait en deux étapes. En premier lieu, on remettait à l'appelant tous les documents se rapportant à son évaluation ainsi qu'une description par un représentant du ministère de la façon dont le test standardisé était utilisé dans le processus de sélection, sans révéler «les réponses ou les comportements "attendus" ou "bons"». En second lieu, le représentant de l'appelant avait pleinement accès aux documents relatifs au test standardisé, c'est-à-dire à tous les documents concernant l'appelant et le candidat reçu, y compris le guide de notation que les évaluateurs

his representative was not permitted to disclose any material which had not been disclosed to the appellant in the first phase of the disclosure process. The practice adopted by Revenue Canada was designed to ensure the confidentiality and integrity of the standardized testing system.

[13] In determining whether the Appeal Board erred in refusing to permit the applicant to examine personally the standardized test materials, including the scoring manual, Richard J. considered the interpretation to be accorded to section 24 of the previous Regulations. In that regard, he stated as follows, at page 223:

In view of the mandatory and unambiguous language of that regulation, I must conclude that mandatory and full disclosure must be made of all documents that contain information that pertains to the appellant or to the successful candidate and that may be disclosed before the Appeal Board. This does not embody the right to make or receive a copy which is dealt with in subs. 24(2) and (3) of the **Regulations**.

There is no statutory justification for distinguishing between the disclosure to be made to the appellant and the appellant's representative. Although the objective of the Act is to ensure that selection is conducted according to the merit principle, this is not determinative of the precise procedure to be adopted in attaining this end. In enacting the above regulatory provision, the Public Service Commission has decided that full disclosure of documents that contain information pertaining to the appellant or to the successful candidate is the best method to preserve the merit principle.

I note, however, that on a careful reading of the regulation, disclosure need be made only of documents that pertain to the appellant or to the successful candidate. The manual for assessors, which is the Simulation's answer key, does not pertain to either of these persons. It is an internal document which is intended solely for the assistance of the Selection Board to preserve some consistency in evaluating candidates. Thus, I find that the manual for assessors is not within the class of documents for which disclosure rights are provided by s. 24(1).

[14] Richard J. therefore concluded that subsection 24(1) of the previous Regulations permitted either the

avaient utilisé pour noter le test. L'appelant n'était pas autorisé à consulter le guide de notation, et son représentant n'était pas autorisé à communiquer un document qui n'avait pas été communiqué à l'appelant au cours de la première étape du processus de communication. La pratique adoptée par Revenu Canada était destinée à assurer la confidentialité et l'intégrité du système des test standardisés.

[13] Pour déterminer si le Comité d'appel avait commis une erreur en refusant de permettre au demandeur d'examiner personnellement les documents relatifs au test standardisé, y compris le guide de notation, le juge Richard a examiné l'interprétation qu'il convenait de donner à l'article 24 de l'ancien Règlement. À la page 223, il a affirmé:

Vu le libellé impératif et peu ambigu de cette disposition du Règlement, je me dois de conclure qu'il faut communiquer impérativement et intégralement l'ensemble des documents qui contiennent des renseignements se rapportant à l'appelant ou aux candidats reçus, et qui peuvent être communiqués au Comité d'appel. Cela n'inclut pas le droit de faire ou de recevoir une copie, dont il est question aux paragraphes 24(2) et (3) du **Règlement**.

Rien dans la loi ne justifie que l'on fasse une distinction entre les documents à communiquer à l'appelant et ceux qui doivent l'être à son représentant. Bien que la Loi ait pour objectif de s'assurer que la sélection se fait selon le principe du mérite, cela ne détermine pas la marche à suivre exacte qu'il convient d'adopter à cette fin. En édictant la disposition réglementaire susmentionnée, la Commission de la fonction publique a décidé que le fait de communiquer intégralement les documents qui contiennent des renseignements relatifs à l'appelant ou aux candidats reçus est la meilleure façon de préserver le principe du mérite.

Je signale toutefois, après avoir lu soigneusement le règlement, que seuls les documents qui se rapportent à l'appelant ou aux candidats retenus doivent être communiqués. Le guide destiné aux évaluateurs, qui constitue la clé des réponses aux tests de simulation, ne concerne ni l'une ni l'autre de ces deux personnes. Il s'agit d'un document interne qui vise uniquement à aider le jury de sélection à maintenir une certaine cohérence dans l'évaluation des candidats. Je conclus donc que le guide destiné aux évaluateurs ne se range pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication.

[14] Le juge Richard a donc conclu que le paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement permettait au deman-

applicant or his representative to have access to various documents concerning the standardized test, save and except the scoring manual used to mark the test. Richard J. determined that the scoring manual was not subject to disclosure on the basis that it was “not within the class of documents for which disclosure rights are provided by s. 24(1).”

[15] The decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, was rendered by Richard J. on April 12, 1996.

[16] On December 1, 1996, the amended Regulations were proclaimed in force.

[17] On December 3, 1996, the Federal Court of Appeal rendered two decisions concerning the interpretation of subsection 24(1) of the previous Regulations. In *Canada (Attorney General) v. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (F.C.A.), Pratte J.A., writing for the Court, dismissed the appeal from the decision of Richard J., and held that subsection 24(1) of the previous Regulations required the disclosure of all relevant documents to an unrepresented appellant for the purposes of his appeal to the Appeal Board. In that regard, he stated as follows, at pages 176-177:

In our view, the judge of the first instance was right when he said that under the regulation there was no justification for distinguishing between the disclosure to be made to an appellant and to his representative. An unrepresented appellant and the representative of an appellant both have the same rights under s. 24(1).

[18] In the second decision released on that date, *Canada (Attorney General) v. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (F.C.A.), Pratte J.A., writing for the Court, held, at page 174, that “[c]learly, an appellant who is represented should not be in a worse position” than an unrepresented appellant, who must be given access to all relevant documents for the purposes of the appeal. As such, he concluded that “a represented appellant is entitled to have access with his representative to the documentary evidence referred to in the regulation.”

deur ou à son représentant d’avoir accès à divers documents concernant le test standardisé, à l’exception du guide de notation utilisé pour noter le test. Le juge Richard a conclu que le guide de notation n’était pas assujéti à la communication pour le motif qu’il «ne se range[ait] pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication».

[15] La décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, a été rendue par le juge Richard le 12 avril 1996.

[16] Le nouveau Règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1996.

[17] Le 3 décembre 1996, la Cour d’appel fédérale a rendu deux décisions au sujet de l’interprétation du paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (C.A.F.), le juge Pratte, au nom de la Cour d’appel, a rejeté l’appel interjeté contre la décision du juge Richard et a statué que le paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement exigeait la communication de tous les documents concernant un appellant non représenté aux fins de son appel devant le Comité d’appel. Sur ce point, il a affirmé aux pages 176 et 177:

Nous croyons que le juge de première instance avait raison d’affirmer que rien dans le Règlement ne justifiait l’établissement d’une distinction entre la divulgation devant être faite à un appellant et celle devant être faite au représentant de ce dernier. Les appelants non représentés et les représentants des appelants jouissent tous des mêmes droits en vertu du paragraphe 24(1).

[18] Dans la seconde décision qui a été rendue publique ce jour-là, *Canada (Procureur général) c. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (C.A.F.), le juge Pratte, au nom de la Cour d’appel, a dit ceci, à la page 174: «Il va de soi que tout appellant représenté ne doit pas être pénalisé pour autant», par rapport à l’appellant non représenté qui doit avoir accès à tous les documents pertinents aux fins de l’appel. Cela étant, le juge a conclu que «tout appellant représenté doit avoir accès, à l’instar de son représentant, à la preuve documentaire à laquelle renvoie le Règlement».

## (ii) Amended Regulations

[19] As indicated earlier, the amended Regulations were proclaimed in force on December 1, 1996.

[20] Section 2 of the amended Regulations amended section 20, a definition section which defines various terms used in the provisions governing an appeal to the appeal board, including “appeal document”, “appellant” and “full disclosure”. Those terms are defined as follows:

20. The following definitions apply in this section and sections 21 to 26.

“appeal document” means a document, addressed to the Commission, by means of which an appeal is brought under section 21 of the Act. (*document d’appel*)

“appellant” includes the appellant’s representative. (*appelant*)

...

“full disclosure” means access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1), the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2) and the submission of the allegations referred to in subsection 25(1) by the appellant to the deputy head concerned; (*divulgation complète*)

[21] By virtue of section 4 of the amendments, sections 23 to 25 of the previous Regulations, which were in force at the time of the decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, were replaced by new provisions governing the disclosure of documents or information for use at a hearing before the appeal board. For ease of reference, the full text of sections 23 to 25 is reproduced in Appendix A.

[22] Under the amended legislative scheme, section 21 of the amended Regulations provides that an appeal to the appeal board under section 21 of the Act is instituted by the filing of an appeal document. Section 23 of the amended Regulations requires full disclosure of documents or information to be made to the appellant prior to giving notice of the date, time and place of the hearing. As defined in section 20, full disclos-

## ii) Le nouveau Règlement

[19] Comme il en a ci-dessus été fait mention, le nouveau Règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1996.

[20] L’article 2 du nouveau Règlement modifiait l’article 20, où sont définies diverses expressions utilisées dans les dispositions régissant les appels devant le comité d’appel, et notamment les expressions «appelant», «divulgation complète» et «document d’appel»:

20. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 21 à 26.

[. . .]

«appelant» Est assimilé à l’appelant son représentant.

[. . .]

«divulgation complète» S’entend de l’accès par l’appelant à l’information ou aux documents visés au paragraphe 24(1), de l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2) et de la remise, par l’appelant à l’administrateur général en cause, des allégations visées au paragraphe 25(1).

«document d’appel» S’entend du document adressé à la Commission relativement à un appel interjeté en vertu de l’article 21 de la Loi.

[21] En vertu de l’article 4 des modifications, les articles 23 à 25 de l’ancien Règlement, qui étaient en vigueur au moment où la décision a été rendue dans l’affaire *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, ont été remplacés par de nouvelles dispositions régissant la communication de documents ou d’informations destinés à être utilisés dans une audience devant le comité d’appel. Pour plus de commodité, le texte complet des articles 23 à 25 est reproduit à l’appendice A.

[22] En vertu de l’article 21 du nouveau Règlement, l’appel est interjeté devant le comité d’appel en vertu de l’article 21 de la Loi au moyen du dépôt d’un document d’appel. En vertu de l’article 23 du nouveau Règlement, l’appelant a droit à la divulgation complète des documents ou de l’information avant d’être avisé de la date, de l’heure et du lieu de l’audience. Conformément à la définition figurant à l’article 20, la



ure consists of three elements: access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1); the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2); and, the submission by the appellant of his allegations to the deputy head under subsection 25(1). For the purposes of the present case, the latter element of the definition of “full disclosure”, concerning the submission of the allegations by the appellant in subsection 25(1), has no application or relevance.

[23] In the context of the legislative scheme, subsections 24(1) and (2) of the amended Regulations constitute the primary provisions governing disclosure to an appellant. Under the terms of subsection 24(1), an appellant must be “provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board.” By virtue of subsection 24(2), the deputy head of the department must provide, on request, a copy of any document disclosed under subsection 24(1). However, an appellant’s right to disclosure under subsections 24(1) and (2) is qualified by subsections 24(3) and (4), which respectively permit the deputy head and the Commission to refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, in certain circumstances. In particular, both the deputy head and the Commission may refuse access if the disclosure might prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. In the event that the deputy head or the Commission exercises the discretionary power to refuse to allow access to information or a document, the appellant may request the appeal board, under subsection 24(5), to order that access. By virtue of subsection 24(6), the appeal board may order access to any information or document in relation to which the deputy head or the Commission has refused disclosure. In the event that the appeal board exercises its discretion to order that access, it may impose any conditions deemed necessary to make certain that, among other things, the continued use of a standardized test will not be compromised or that the results of such a test will not be prejudiced by giving an unfair advantage to any individual.

divulgence complète comporte trois éléments: l’accès par l’appelant à l’information et aux documents visés au paragraphe 24(1); l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2); la remise par l’appelant à l’administrateur général des allégations visées au paragraphe 25(1). Aux fins qui nous occupent, ce dernier élément de la définition de l’expression «divulgence complète» concernant la remise des allégations visées au paragraphe 25(1) ne s’applique pas ou n’est pas pertinente.

[23] Dans ce contexte législatif, les paragraphes 24(1) et (2) du nouveau Règlement constituent les dispositions primordiales régissant la divulgation à l’appelant. En vertu des dispositions du paragraphe 24(1), l’appelant «a accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d’être communiqué au comité d’appel». En vertu du paragraphe 24(2), l’administrateur général du ministère fournit, sur demande, une copie de tout document communiqué en vertu du paragraphe 24(1). Toutefois, le droit à la divulgation reconnu à l’appelant en vertu des paragraphes 24(1) et (2) est assujéti aux dispositions des paragraphes 24(3) et (4), qui permettent respectivement à l’administrateur général et à la Commission de refuser dans certaines circonstances de donner accès à de l’information ou à des documents ou de fournir copie de documents. En particulier, l’administrateur général et la Commission peuvent refuser de donner accès si la divulgation risque de nuire à la continuation de l’utilisation d’un test standardisé ou de fausser les résultats d’un tel test en conférant un avantage indu à une personne. Si l’administrateur général ou la Commission exercent le pouvoir discrétionnaire qu’ils ont de refuser de donner accès à de l’information ou à des documents, l’appelant peut demander, en vertu du paragraphe 24(5), que le comité d’appel ordonne cet accès. En vertu du paragraphe 24(6), le comité d’appel peut ordonner d’accorder l’accès à de l’information ou à des documents dont l’administrateur général ou la Commission a refusé la divulgation. Si le comité d’appel exerce le pouvoir discrétionnaire qu’il a d’ordonner la divulgation, il peut imposer toute condition qu’il estime nécessaire pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l’utilisation d’un test standardisé ne

[24] Section 25 of the amended Regulations contains various provisions governing the making of full disclosure prior to a hearing, and accords supervisory and discretionary powers to the appeal board to ensure that full disclosure is provided. Subsection 25(3) requires full disclosure to be completed within 45 days after the date of the Commission's letter acknowledging receipt of the appeal document. Subsections 25(6) and (7) permit the appeal board, in certain circumstances, to extend the 45-day disclosure period and to impose any measure necessary for the completion of full disclosure. A further discretionary power is accorded to the appeal board, under subsection 25(8), to permit the appeal board, on its own initiative, to "make an order imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure and, if necessary, setting a new time limit for that completion." The appeal board may exercise that power in circumstances where full disclosure has not been completed within the prescribed 45-day period or any extended period, or where the appeal board believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within those periods.

[25] A review of the legislative scheme enacted in the amended Regulations confirms that an appellant has a qualified right to have access to any information or documents containing information that pertains to him or to the successful appellant and that is liable to be disclosed before the appeal board. The appellant's right to access is expressly qualified by the discretionary power of the deputy head and the Commission to refuse access if the disclosure might, among other things, impact on the continued use or results of a standardized test. Furthermore, the appeal board may only order access in relation to the specific information or documents which either the deputy head or the Commission has refused to disclose. No provision in the amended Regulations creates any residual discretionary power to grant disclosure. In other words, to be subject to disclosure, information or documents must pertain to the appellant or to the successful candidate, and must be liable to be disclosed before

soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés en conférant un avantage indu à une personne.

[24] L'article 25 du nouveau Règlement renferme diverses dispositions régissant la divulgation complète avant l'audience et confère au comité d'appel des pouvoirs de surveillance et des pouvoirs discrétionnaires destinés à assurer la divulgation complète. En vertu du paragraphe 25(3), la divulgation complète doit être réalisée dans les 45 jours suivant la date de l'accusé de réception émis par la Commission quant au document d'appel. Les paragraphes 25(6) et (7) permettent au comité d'appel, dans certaines circonstances, de proroger le délai de 45 jours et d'imposer toute mesure nécessaire aux fins de la divulgation complète. En vertu du paragraphe 25(8), le comité d'appel a en outre le pouvoir discrétionnaire «par ordonnance, [d']imposer d'office toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète». Le comité d'appel peut exercer ce pouvoir si la divulgation complète n'a pas été réalisée dans le délai prévu de 45 jours ou dans tout autre délai imparti pour ce faire, ou s'il a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans ces délais.

[25] L'examen du régime législatif édicté dans le nouveau Règlement confirme que l'appellant a le droit, à certaines conditions, d'avoir accès à l'information ou aux documents qui contiennent des renseignements le concernant ou concernant le candidat reçu et qui sont susceptibles d'être communiqués au comité d'appel. Le droit d'accès de l'appellant est expressément assujéti au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur général et de la Commission de refuser de donner accès si la divulgation risque, entre autres choses, de nuire à la continuation de l'utilisation ou de fausser les résultats d'un test standardisé. En outre, le comité d'appel peut uniquement ordonner d'accorder l'accès à l'information ou aux documents précis que l'administrateur général ou la Commission a refusé de divulguer. Aucune disposition du nouveau Règlement ne confère de pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la divulgation. En d'autres termes, pour être divulgués, l'information ou les documents doivent

the appeal board, within the meaning of subsection 24(1). Unless the information or document falls within the terms of subsection 24(1), it is not subject to disclosure. Indeed, that proposition is confirmed by section 20 which defines “full disclosure” as meaning, among other things, “access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1), [and] the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2)”.

(iii) Differences between the previous and the amended legislative schemes

[26] A comparison of the previous and the amended Regulations confirms that the amended Regulations altered, in several significant respects, the legislative scheme governing the disclosure of documents for use at a hearing before the appeal board.

[27] In both the previous and the amended Regulations, the wording in subsection 24(1) is substantially the same. However, under the previous Regulations, the disclosure to an appellant under subsection 24(1) was not qualified in any respect, as it is under the amended legislative scheme. By virtue of subsection 24(2) of the previous Regulations, the deputy head was permitted to provide, on request, a copy of a document in relation to which access had been granted under subsection 24(1). However, the deputy head had no discretionary power to refuse to provide the appellant or the appellant’s representative with access to a document. Similarly, under subsection 24(3) of the previous Regulations, the appeal board was accorded the discretion only to provide the appellant or the appellant’s representative with a copy of the document which the deputy head had refused to provide. The appeal board had no discretionary power enabling it to provide access to any document. In that sense, the previous Regulations drew a clear distinction between access to documents, which was governed by subsection 24(1), and the provision of copies of documents, which was governed by subsections 24(2) and (3). In other words, an appellant or an appellant’s representative was entitled to have access to a document that fell

concerner l’appelant ou le candidat reçu et être susceptibles d’être communiqués au comité d’appel, conformément au paragraphe 24(1). Seuls l’information ou les documents visés par les dispositions du paragraphe 24(1) peuvent être communiqués. De fait, cette thèse est confirmée par l’article 20 où l’expression «divulgation complète» est définie comme s’entendant entre autres choses «de l’accès par l’appelant à l’information ou aux documents visés au paragraphe 24(1) [et] de l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2)».

iii) Différences entre l’ancien texte législatif et le nouveau texte législatif

[26] Si l’on compare l’ancien Règlement et le nouveau Règlement, on peut constater que le nouveau Règlement a modifié, à maints égards, le régime législatif régissant la communication de documents destinés à être utilisés à l’audience devant le comité d’appel.

[27] Le libellé du paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement et celui du nouveau Règlement sont à peu près les mêmes. Toutefois, en vertu de l’ancien Règlement, la divulgation à l’appelant prévue au paragraphe 24(1) n’était assujettie à aucune condition, comme elle l’est en vertu du nouveau texte législatif. En vertu du paragraphe 24(2) de l’ancien Règlement, l’administrateur général était autorisé à fournir, sur demande, une copie d’un document auquel l’accès avait été donné en vertu du paragraphe 24(1). Toutefois, l’administrateur général n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner l’accès à un document à l’appelant ou à son représentant. De même, en vertu du paragraphe 24(3) de l’ancien Règlement, le comité d’appel se voyait uniquement conférer le pouvoir discrétionnaire de fournir à l’appelant ou à son représentant une copie du document que l’administrateur général avait refusé de fournir. Le comité d’appel n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de donner accès à un document. En ce sens, l’ancien Règlement faisait une distinction claire entre l’accès aux documents, qui était régi par le paragraphe 24(1), et la communication de copies de documents, qui était régie par les paragraphes 24(2) et (3). En d’autres termes, l’appelant ou son représentant avaient accès

within the terms of subsection 24(1), but could be denied the right to have a copy of that document. No provision of the previous Regulations provided the deputy head, the Commission or the appeal board with any other discretionary power in relation to access or disclosure.

[28] In contrast, the amended Regulations qualify the subsection 24(1) disclosure provision by permitting the deputy head and the Commission to refuse to allow access in circumstances where the disclosure might, among other things, prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. Furthermore, the amended Regulations accord a discretionary power to the appeal board to order access to any document or information in relation to which the deputy head or the Commission has refused access, subject to any conditions deemed necessary to make certain, among other things, that the continued use of the standardized test will not be compromised or that its results will not be prejudiced. The amended Regulations also make it abundantly clear that disclosure may only be granted in relation to documents or information that fall within the terms of subsection 24(1). In other words, there is no residual discretionary power under any other provision to enable the deputy head, the Commission or the appeal board to order disclosure of any other documents or information. Finally, the amended Regulations introduce and define the concept of “full disclosure”, and contain several provisions designed to ensure that the appellant receives full disclosure prior to the hearing. In particular, the amended Regulations vest the appeal board with the discretionary power to impose any measure that it considers necessary for the completion of full disclosure.

(iv) Is the scoring manual subject to disclosure under the amended Regulations

[29] The amended Regulations were proclaimed in force following the decision of Richard J. in *Hasan v.*

aux documents visés au paragraphe 24(1), mais pouvaient se voir refuser l'obtention d'une copie de ce document. Aucune disposition de l'ancien Règlement ne conférait à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel un autre pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accès ou de la divulgation.

[28] Par contre, le nouveau Règlement restreint la divulgation prévue au paragraphe 24(1) en permettant à l'administrateur général et à la Commission de refuser de donner accès à de l'information ou à des documents dans des circonstances où leur divulgation risque, entre autres choses, de nuire à la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ou de fausser les résultats d'un tel test en conférant un avantage indu à une personne. En outre, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'ordonner d'accorder l'accès à un document ou à de l'information à l'égard desquels l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l'utilisation du test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés. Le nouveau Règlement montre également d'une façon tout à fait claire que la divulgation peut uniquement avoir lieu à l'égard de documents ou d'informations qui sont visés par les dispositions du paragraphe 24(1). En d'autres termes, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu d'une autre disposition permettant à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel d'ordonner la divulgation d'autres documents ou d'autres informations. Enfin, le nouveau Règlement introduit et définit le concept de «divulgation complète» et renferme plusieurs dispositions destinées à garantir que l'appelant obtienne une divulgation complète avant l'audience. En particulier, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'imposer toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

(iv) Le guide de notation est-il assujéti à la divulgation en vertu du nouveau Règlement?

[29] Le nouveau Règlement est entré en vigueur après que le juge Richard eut rendu sa décision dans

*Canada (Attorney General), supra*, and before the decision of the Court of Appeal in that case. Prior to the proclamation of the amended Regulations, Revenue Canada routinely disclosed to appellants' representatives, on a confidential basis, documents or information pertaining to the standardized in-basket exercise test, including the scoring manual. Presumably Revenue Canada disclosed that information or documentation on the basis that it was believed to be relevant to an issue raised on appeal, at least in some cases. No evidence was adduced by the respondent in these judicial review proceedings to establish that any harm was caused by the previous disclosure of information or documents concerning the standardized in-basket test, including the scoring manual.

[30] Counsel for the respondent submitted, among other things, that the scoring manual was not subject to disclosure under the terms of subsection 24(1) of the amended Regulations on the basis of the jurisprudence decided in the context of the previous *Regulations*. I cannot accept that argument. In my opinion, the amended legislative scheme was designed in order to balance the competing interests of the appellant in receiving full disclosure and of the government in protecting the confidentiality and integrity of the standardized tests. In order to achieve the appropriate balance, the amended Regulations provide for full disclosure to an appellant, recognizing that circumstances nevertheless may exist in which disclosure should be refused or granted subject to conditions in order to protect the confidentiality and integrity of the standardized test. Indeed, the amendments clearly contemplate that documents or information pertaining to a standardized test will be subject to disclosure; otherwise, there would be no necessity for the provisions granting discretionary powers to the deputy head, Commission and appeal board in relation to standardized tests. The scoring manual is one of the documents directly related to the administration and use of the standardized test and, as such, may be information or a document "that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board", within the meaning of subsection 24(1). The question of

l'affaire *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, et avant que la Cour d'appel rende une décision dans cette affaire. Avant la promulgation du nouveau Règlement, Revenu Canada divulguait habituellement aux représentants des appelants, à titre confidentiel, les documents ou l'information se rapportant à l'exercice standardisé de la corbeille, y compris le guide de notation. Revenu Canada divulguait probablement cette information ou cette documentation s'il croyait que celles-ci se rapportaient à une question soulevée dans l'appel, du moins dans certains cas. Aucun élément de preuve n'a été présenté par le défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire en vue d'établir qu'un préjudice était causé du fait de la divulgation antérieure de l'information ou des documents se rapportant à l'exercice standardisé de la corbeille, y compris le guide de notation.

[30] L'avocat du défendeur a soutenu, entre autres choses, que le guide de notation n'était pas assujéti à la divulgation prévue par les dispositions du paragraphe 24(1) du nouveau Règlement compte tenu des décisions rendues dans le contexte de l'ancien Règlement. Je ne puis retenir cet argument. À mon avis, le nouveau régime législatif était destiné à mettre en balance les intérêts divergents de l'appelant lorsqu'il s'agissait d'obtenir une divulgation complète, et du gouvernement lorsqu'il s'agissait de protéger la confidentialité et l'intégrité des tests standardisés. Afin d'en arriver à l'équilibre approprié, le nouveau Règlement prévoit la divulgation complète à l'appelant, en reconnaissant qu'il peut néanmoins y avoir des cas dans lesquels la divulgation devrait être refusée ou encore être accordée à certaines conditions afin de protéger la confidentialité et l'intégrité du test standardisé. De fait, les modifications prévoient clairement que les documents ou l'information se rapportant à un test standardisé seront assujétiés à la divulgation; autrement, les dispositions conférant des pouvoirs discrétionnaires à l'administrateur général, à la Commission et au comité d'appel à l'égard des tests standardisés ne seraient pas nécessaires. Le guide de notation est l'un des documents se rapportant directement à l'administration et à l'utilisation du test standardisé et, en tant que tel, il peut constituer une information ou un document «qui contient des renseignements concernant [l'appelant] ou le candidat reçu

whether a scoring manual ought to be disclosed to an appellant under subsection 24(1) depends on its relevance in the context of the facts of the case. However, even if the scoring manual is subject to disclosure on the facts of a particular case, the deputy head or the Commission and the appeal board may exercise their various discretionary powers under the amended Regulations.

[31] Conversely, if I were to conclude that the scoring manual does not, as a general rule, fall within the class of documents subject to disclosure within the meaning of subsection 24(1), its disclosure could not be compelled or ordered in any circumstances under any other legislative provision in the amended Regulations, given the absence of any residual discretionary power to grant disclosure. That simply could not have been the intent of Parliament in enacting the amended legislative scheme, particularly given the previous long-standing practice of Revenue Canada to disclose that document to an appellant's representative. Indeed, the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the amended Regulations confirms that one of the purposes of the amendments is to "limit the grounds on which a deputy head can refuse to release a document."<sup>1</sup>

[32] I have therefore concluded that the Chairwoman of the Appeal Board erred in determining that she was bound by the decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, which was decided in the context of the previous Regulations. Indeed, in concluding that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, the Chairwoman of the Appeal Board failed to appreciate the changes implemented in the amended legislative scheme, including the nature and extent of the discretionary powers accorded to the appeal board. In particular, the Chairwoman of the Appeal Board erred by failing to consider, under subsections 24(5) and (6) of the amended Regulations, whether she ought to order access to the scoring manual, subject to any conditions, given the refusal of the deputy head to allow access.

et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel» au sens du paragraphe 24(1). La question de savoir si le guide de notation doit être divulgué à l'appellant en vertu du paragraphe 24(1) dépend de sa pertinence dans le contexte des faits de l'affaire. Toutefois, même si le guide de notation est assujéti à la divulgation compte tenu des faits d'une affaire particulière, l'administrateur général ou la Commission et le comité d'appel peuvent exercer leurs divers pouvoirs discrétionnaires en vertu du nouveau Règlement.

[31] Par contre, si je devais conclure que le guide de notation n'appartient pas d'une façon générale à la catégorie de documents assujétiés à la divulgation au sens du paragraphe 24(1), sa divulgation ne pourrait en aucun cas être exigée ou ordonnée en vertu d'une autre disposition législative du nouveau Règlement, étant donné qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la divulgation. Cela ne pouvait tout simplement pas être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté le nouveau régime législatif, étant donné en particulier que par le passé, Revenu Canada avait depuis longtemps l'habitude de divulguer ce document au représentant de l'appellant. De fait, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui est joint au nouveau Règlement confirme que les modifications visent notamment à «limiter les motifs pour lesquels un administrateur général peut refuser de fournir un document»<sup>1</sup>.

[32] Je conclus donc que la présidente du Comité d'appel a commis une erreur en concluant qu'elle est liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, qui a été rendue dans le contexte de l'ancien Règlement. De fait, en concluant qu'elle est liée par cette décision, la présidente du Comité d'appel a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment de la nature et de l'étendue des pouvoirs discrétionnaires conférés au comité d'appel. En particulier, la présidente du Comité d'appel a commis une erreur en omettant de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu des paragraphes 24(5) et (6) du nouveau Règlement, ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions étant donné que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

DECISION

[33] The application for judicial review is allowed with costs. The decision of the Chairwoman of the Appeal Board is quashed, and the matter is remitted to a differently constituted appeal board for rehearing and redetermination.

APPENDIX A

23. (1) Subject to subsection (3), the registrar of appeal boards shall give notice in writing, at least 14 days before the date of the appeal hearing, to the appellant, the deputy head concerned and the successful candidate, of the date, time and place of the hearing.

(2) The notice period referred to in subsection (1) does not begin until full disclosure is completed.

(3) Where the parties agree, the notice of an appeal hearing may be given less than 14 days before the date of the hearing.

...

24. (1) An appellant shall be provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board.

(2) The deputy head concerned shall provide, on request, to the appellant a copy of any document referred to in subsection (1).

(3) Despite subsections (1) and (2), the deputy head concerned may refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, if the disclosure might

(a) threaten national security of any person's safety;

(b) prejudice the continued use of a standardized test owned by the department or commercially available; or

(c) affect the results of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

(4) Despite subsections (1) and (2), the Commission or the Commission's representative may refuse to allow access to any information or document, or to provide a copy of any document, if its disclosure might

(a) prejudice the continued use of a standardized test owned by the Commission or commercially available; or

(b) affect the result of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

DÉCISION

[33] La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens. La décision de la présidente du Comité d'appel est annulée et l'affaire est renvoyée à un comité d'appel différemment constitué pour nouvelle audition et nouvelle décision.

APPENDICE A

23. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le greffier des comités d'appel avise par écrit l'appellant, l'administrateur général en cause et le candidat reçu des date, heure et lieu de l'audition de l'appel au moins 14 jours avant la date de l'audition.

(2) Le délai d'avis prévu au paragraphe (1) ne peut débuter avant qu'il y ait eu divulgation complète.

(3) Avec le consentement des parties, l'avis de l'audition de l'appel peut être donné moins de 14 jours avant la date de l'audition.

[...]

24. (1) L'appellant a accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel.

(2) L'administrateur général en cause fournit, sur demande, à l'appellant une copie de tout document visé au paragraphe (1).

(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), l'administrateur général en cause peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

a) soit de menacer la sécurité national ou la sécurité d'une personne;

b) soit de nuire à l'utilisation continue d'un test standardisé qui appartient au ministère ou qui est offert sur le marché;

c) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

(4) Malgré les paragraphes (1) et (2), la Commission ou son représentant peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

a) soit de nuire à l'utilisation continue d'un test standardisé qui appartient à la Commission ou qui est offert sur le marché;

b) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

(5) Where the deputy head concerned or the Commission or its representative refuses to allow access to any information or document under subsection (3) or (4), the appellant may request that the appeal board order that access.

(6) Where the appeal board orders access to any information or document under subsection (5), that access is subject, before and during the hearing, to any conditions that the appeal board deems necessary in order to make certain that

(a) national security or any person's safety will not be threatened;

(b) the continued use of a standardized test referred to in subsection (3) or (4) will not be compromised; or

(c) the results of such a standardized test will not be prejudiced by giving an unfair advantage to any individual.

(7) Any information or document obtained under this section shall be used only for purposes of the appeal.

25. (1) The allegations submitted by the appellant to the deputy head concerned shall be in writing and sufficiently detailed to permit the deputy head to provide a response.

(2) Despite subsection (1), in exceptional circumstances and with the consent of the appeal board allegations may be submitted orally.

(3) Full disclosure shall be completed within the 45 days after the date of the letter acknowledging receipt of the appeal document.

(4) Despite subsection 23(2), after the full disclosure period referred to in subsection (3) has expired and whether or not full disclosure has been completed, the appeal may be scheduled to be heard in order that the appeal board may proceed to conduct the inquiry.

(5) Despite subsection (4), where full disclosure is completed and the completion confirmed in writing by the parties before the expiry of the period referred to in subsection (3), the appeal may be scheduled to be heard in order that the appeal board may proceed to conduct the inquiry.

(6) Despite subsections (3) and (4), where the appellant or the deputy head concerned believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period referred to in subsection (3), the appeal board may, on that person's request made within that period make an order

(a) if necessary, extending that period; or

(b) imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure.

(5) Lorsque l'administrateur général en cause ou la Commission ou son représentant refuse de donner accès à de l'information ou à des documents en vertu des paragraphes (3) ou (4), l'appelant peut demander que le comité d'appel ordonne d'accorder cet accès.

(6) Lorsque le comité d'appel ordonne d'accorder l'accès à de l'information ou à des documents en vertu du paragraphe (5), cet accès est assujéti, avant et pendant l'audition, aux conditions que le comité d'appel estime nécessaires pour empêcher que:

a) la sécurité nationale ou la sécurité d'une personne ne soit menacée;

b) l'utilisation continue d'un test standardisé visé aux paragraphes (3) ou (4) ne soit compromise;

c) les résultats d'un tel test standardisé ne soient faussés en conférant un avantage indu à une personne.

(7) Toute information ou tout document obtenu en vertu du présent article ne peut être utilisé qu'aux fins de l'appel.

25. (1) Les allégations que l'appelant adresse à l'administrateur général en cause sont remises par écrit et sont suffisamment détaillées pour qu'il puisse y répondre.

(2) Malgré le paragraphe (1), les allégations peuvent, dans des circonstances exceptionnelles et avec le consentement du comité d'appel, être présentées oralement.

(3) La divulgation complète est réalisée dans les 45 jours suivant la date de l'accusé de réception du document d'appel.

(4) Malgré le paragraphe 23(2), après l'expiration du délai visé au paragraphe (3), que la divulgation complète soit réalisée ou non, l'appel peut être mis au rôle d'audition pour que le comité d'appel puisse faire enquête.

(5) Malgré le paragraphe (4), lorsque la divulgation complète est réalisée et confirmée par écrit par les parties avant l'expiration du délai visé au paragraphe (3), l'appel peut être mis au rôle d'audition pour que le comité d'appel puisse faire enquête.

(6) Malgré les paragraphes (3) et (4), lorsque l'appelant ou l'administrateur général en cause a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai visé au paragraphe (3), le comité d'appel peut, à la demande de l'intéressé faite avant l'expiration du délai, rendre une ordonnance:

a) prorogeant ce délai, le cas échéant;

b) imposant toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.



(7) Despite subsections (3) and (4), where the appellant or the deputy head concerned believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period extended under subsection (6), the appeal board may, on that person's request made within that period make an order

- (a) if necessary, extending that period; or
  - (b) imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure.
- (8) Despite subsections (3) and (4), where

- (a) full disclosure has not been completed within the period referred to in subsection (3) or a period extended under subsection (6) or (7), or
- (b) the appeal board believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period referred to in subsection (3) or a period extended under subsection (6) or (7),

the appeal board may on its own initiative make an order imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure and, if necessary, getting a new time limit that completion.

---

<sup>1</sup> SOR/96-482, *Canada Gazette, Part II*, Vol. 130, No. 23, p. 3081.

(7) Malgré les paragraphes (3) et (4), lorsque l'appellant ou l'administrateur général en cause a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai prorogé par l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (6), le comité d'appel peut, à la demande de l'intéressé faite avant l'expiration de ce délai, rendre une nouvelle ordonnance:

- a) prorogeant ce délai, le cas échéant;
- b) imposant toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

(8) Malgré les paragraphes (3) et (4), le comité d'appel peut, par ordonnance, imposer d'office toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète lorsque, selon le cas:

- a) la divulgation complète n'a pas été réalisée dans le délai visé au paragraphe (3) ou prorogé en vertu des paragraphes (6) ou (7);
- b) il a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai visé au paragraphe (3) ou prorogé en vertu des paragraphes (6) ou (7).

---

<sup>1</sup> DORS/96-482, *Gazette du Canada, Partie II*, vol. 130, n° 23, p. 3081.

T-1625-97

T-1625-97

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*)Sa Majesté la Reine (*demanderesse*)

v.

c.

J.D. Irving, Limited, a body corporate, Atlantic Towing Ltd., a body corporate, Irving Oil Company, Limited, a body corporate, the Tug *Irving Maple*, Her Owners and All Others Interested in Her and Universal Sales, Limited (*Defendants*)

J.D. Irving, Limited, constituée en personne morale, Atlantic Towing Ltd., constituée en personne morale, Irving Oil Company, Limited, constituée en personne morale, le remorqueur *Irving Maple*, ses propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur ce remorqueur et Universal Sales, Limited (*défendeurs*)

and

et

The Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund and The International Oil Pollution Compensation Fund 1971 (*Parties by Statute*)

L'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires et le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1971 (*parties par application de la loi*)

INDEXED AS: CANADA v. J.D. IRVING, LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. J.D. IRVING, LTD. (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Hugessen J.—Montréal, December 9, 10; Ottawa, December 21, 1998.

Section de première instance, juge Hugessen—Montréal, 9 et 10 décembre; Ottawa, 21 décembre 1998.

*Maritime law — Practice — Motion for summary judgment — Action to recover expenses incurred to raise barge sunk in 1970 while carrying cargo of bunker oil — Initial oil spill extensively damaging shore of Magdalen Islands — Small, intermittent oil leaks since giving rise to minor preventive measures — 1992 report recommending immediate preventive action considering progressive deterioration of barge, risk of massive oil escape — In 1996 barge raised — 1997 action alleging liability based on Canada Shipping Act, Part XVI; negligence, nuisance — (1) Act, s. 677(10) providing no action in respect of matter referred to in subsection (1) lies unless commenced (a) where pollution damage occurred, within 3 years after day pollution damage occurred, and within 6 years after occurrence causing pollution; or (b) where no pollution damage occurred, within 6 years after occurrence — S. 677(1)(a) imposing liability on ship owner for pollution damage, applied since damage occurred in 1970 — Assuming s. 677(1)(b), imposing liability on ship owner for preventive measures, applied, “occurrence” meaning event causing, likely to cause pollution damage, based on history, purpose of Part XVI, consequences of proposed interpretations — S. 677(10) barring claim as out of time — Reasonable grounds for Minister to believe pollution damage from barge likely*

*Droit maritime — Pratique — Requête en jugement sommaire — Action en recouvrement de dépenses engagées pour renflouer une barge qui a coulé en 1970 avec sa cargaison de mazout — Premier déversement d'hydrocarbure causant des dommages importants aux rivages des Îles de la Madeleine — Petites quantités d'hydrocarbures rejetées de façon intermittente par la suite, donnant lieu à des mesures préventives mineures — Rapport en 1992 recommandant des mesures préventives immédiates compte tenu de la détérioration progressive de la barge et du risque de rejet massif d'hydrocarbures — Barge remise à flot en 1996 — Action intentée en 1997 alléguant la responsabilité fondée sur la partie XVI de Loi sur la marine marchande, sur la négligence, sur la nuisance — 1) L'art. 677(10) prévoit que les actions «fondées sur la responsabilité décrite au paragraphe (1)» se prescrivent: a) s'il y a eu dommages par pollution, par 3 ans à compter du jour où les dommages se sont produits et par 6 ans à compter de l'événement qui les a causés; ou b) s'il n'y a pas eu dommages par pollution, par 6 ans à compter de l'événement — L'art. 677(1)(a), qui impose la responsabilité au propriétaire du navire pour des dommages dus à la pollution, s'appliquait puisque les dommages sont survenus en 1970 — Si l'art. 677(1)(b), qui impose la responsabilité au propriétaire du navire pour les*

before 1992 report on which now relies — Proper application of discoverability principle requiring time to start running from 1970 — (2) S. 681 exempting owner of Convention ship from liability for matters referred to in s. 677(1) otherwise than as provided by Part — As unclear barge still Convention ship, *J.D. Irving, Limited* still owner, s. 681 may not apply — Also torts of negligence, nuisance may be of continuing nature — No evidence on alleged torts, when might have occurred — Impossible to find facts necessary to release defendant from claim for liability in tort outside scope of s. 677(1) — (3) Liability under Part XVI limited to owner of vessel — While definition of owner including charterer, bare-boat charter to *Atlantic Towing Ltd.* terminated without notice in accordance with conditions upon sinking of vessel — Part XVI action dismissed against defendants other than *J.D. Irving, Limited* — (4) S. 84(1) (enacting Part XVI) expressly applies in respect of expenses incurred after coming into force — Event/occurrence taking place prior to April 24, 1989 when Part XVI not in force may produce legal effects, give rise to claim thereunder after such time — Since claim against SOPF arising entirely under statute, provision must be given full force, effect — Presumption against retroactivity displaced — (5) S. 710(1)(a) permitting claim to be filed with Administrator of Ship-source Oil Pollution Fund for expenses referred to in s. 677(1) in respect of oil pollution damage where oil pollution damage occurred within 2 years after day damage occurred, and 5 years after occurrence causing damage — Claim against SOPF time-barred — (6) S. 699 providing International Oil Pollution Compensation Fund liable where claimant unable to obtain full compensation from ship owner after occurrence — Fund's liability under Part XVI contingent upon liability under Fund Convention — Fund Convention coming into effect in 1978 — Acceded to by Canada more than 10 years later — No indication in Fund Convention intended to have retroactive effect — Presumption against retroactivity fully applicable — (7) Claim time-barred against IOPC Fund under s. 677(10).

mesures préventives, s'appliquait, le terme «événement» signifiant un événement qui a causé ou qui causera vraisemblablement des dommages par pollution, vu l'historique et le but de la partie XVI, quelles seraient les conséquences des interprétations proposées? — L'art. 677(10) rend l'action irrecevable parce que prescrite — Vraisemblable que le ministre ait eu, avant le dépôt du rapport de 1992 sur lequel il s'appuie maintenant, des motifs raisonnables de croire que la barge causerait des dommages par pollution — Bonne application du principe de la possibilité de découverte des dommages commande que le délai commence à courir en 1970 — 2) Suivant l'art. 681, la responsabilité du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention quant aux questions mentionnées à l'art. 677(1) est limitée à celle que prévoit la partie — N'étant pas clair que la barge était encore un navire soumis à l'application de la Convention, l'art. 681 pouvait ne pas s'appliquer — De plus, les délits de négligence et de nuisance peuvent être de nature continue — Aucune preuve des délits allégués, ni du moment où ils se seraient produits — Impossibilité de tirer des conclusions sur les faits essentiels pour permettre de dégager la défenderesse de toute demande fondée sur sa responsabilité délictuelle non visée par l'art. 677(1) — 3) La responsabilité prévue par la partie XVI se limite au propriétaire du navire — Bien que la définition de propriétaire englobe l'affrèteur, l'affrètement coque-nue en faveur d'*Atlantic Towing Ltd.* a pris fin sans préavis par application de ses propres modalités lorsque le navire a sombré — L'action fondée sur la partie XVI a été rejetée contre les défendeurs autres que *J.D. Irving, Limited* — 4) L'art. 84(1) (qui a adopté la partie XVI) s'applique expressément aux dépenses engagées après son entrée en vigueur — Un événement survenu avant le 24 avril 1989, lorsque la partie XVI n'était pas encore en vigueur, peut produire des effets juridiques et donner lieu à une demande en vertu de cette partie après cette date. — La réclamation contre la Caisse d'indemnisation tirant entièrement son origine de la Loi, cette disposition doit s'appliquer pleinement — Présomption d'absence d'effet rétroactif réfutée — 5) L'art. 710(1)(a) permet le dépôt, auprès de l'administrateur de la Caisse d'indemnisation, d'une demande de recouvrement de frais mentionnés à l'art. 677(1) pour des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans les 2 ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les 5 ans suivant l'événement qui les a causés — La demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation était prescrite — 6) L'art. 699 prévoit que le Fonds international est tenu de verser une indemnisation lorsqu'un créancier a été incapable d'obtenir pleine indemnisation de la part du propriétaire du navire après la survenance d'un événement — Responsabilité du Fonds international sous le régime de la partie XVI liée à sa responsabilité en vertu de la Convention sur le Fonds — Convention sur le Fonds entrée en vigueur en 1978 — Adhésion du Canada plus de 10 ans plus tard — Rien n'indique dans la Convention sur le Fonds qu'elle doit avoir un effet rétroactif — Présomption d'absence d'effet rétroactif pleinement applicable — 7) La demande dirigée

These were motions for summary judgment brought by the defendants and each of the parties by statute. The action to recover the \$42 million expended by the plaintiff to raise the *Irving Whale* sounds both in statute, alleging liability based upon Part XVI of the *Canada Shipping Act*, and in tort, alleging both negligence and nuisance.

J.D. Irving, Limited was the registered owner of the *Irving Whale*, a tank barge which sank on September 7, 1970, while carrying a cargo of bunker C fuel oil. The resulting oil spill contaminated approximately 32 kilometres of the shoreline of the Magdalen Islands. Small quantities of oil continued to leak intermittently from the barge over the next 26 years, although such leaks did not have any significant impact upon the nearby land masses. The condition of the barge was monitored, and some minor preventive measures were taken, such as placing bags over vent pipes to prevent the release of oil. A 1992 report recommended immediate preventive action since there was a serious risk of a massive escape of oil and the progressive deterioration of the vessel would eventually make it impossible to salvage it. In 1996 the barge was raised, and this action was commenced in 1997.

Atlantic Towing Ltd. was the bare-boat charterer of the barge; Irving Oil Company Ltd. was the owner of the cargo of oil; the tug *Irving Maple* was towing the barge when it sank; Universal Sales Ltd. was the registered owner of the *Irving Maple*; and Atlantic Towing Ltd. was also the operator and had the control of the *Irving Maple* at the time of the sinking.

The parties by statute were the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (hereinafter SOPF) against which a claim was made pursuant to Part XVI of the *Canada Shipping Act*; and the International Oil Pollution Compensation Fund 1971 (hereinafter IOPC Fund) which was notified of, and became a party to, the present action pursuant to *Canada Shipping Act*, Part XVI and the *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage* (the Fund Convention).

The issues were: (1) whether the claim was time-barred by *Canada Shipping Act* subsection 677(10); (2) whether

contre le Fonds international était prescrite en vertu de l'art. 677(10).

Il s'agit de trois requêtes sollicitant un jugement sommaire présentées par les défendeurs et chacun des défendeurs par application de la loi. L'action vise à recouvrer la somme de 42 millions de dollars que la demanderesse a engagée pour renflouer l'*Irving Whale*. L'action procède à la fois du droit d'origine législative, vu les allégations de responsabilité fondées sur la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, et du droit de la responsabilité délictuelle, vu les allégations de négligence et de nuisance.

J.D. Irving, Limited était le propriétaire enregistré du *Irving Whale* qui a sombré le 7 septembre 1970, alors qu'il transportait une cargaison de mazout brut. Le déversement d'hydrocarbures qui en a résulté a contaminé le rivage des Îles de la Madeleine sur une distance d'environ 32 kilomètres. De petites quantités d'hydrocarbures ont continué à être rejetées par la barge, de façon intermittente, pendant les 26 années qui ont suivi, bien que ces rejets n'aient eu aucune conséquence appréciable sur les terres émergées des environs. On a surveillé l'état de la barge et on a pris des mesures préventives consistant, notamment, à placer des sacs sur les tuyaux de mise à l'air libre pour empêcher le rejet d'hydrocarbures. Un rapport remis en 1992 a recommandé la prise de mesures préventives immédiates parce qu'il y avait un risque important de rejet massif d'hydrocarbures et que la détérioration progressive du bâtiment rendrait un jour son renflouement impossible. La barge a été remise à flot en 1996 et la présente action a été intentée en 1997.

Atlantic Towing Ltd. était l'affrètement coque-nue de la barge; Irving Oil Company Ltd. était le propriétaire de la cargaison d'hydrocarbures; le remorqueur *Irving Maple* remorquait la barge au moment du naufrage; Universal Sales Ltd. était le propriétaire enregistré du remorqueur *Irving Maple*; et Atlantic Towing Ltd. était l'exploitant du remorqueur *Irving Maple* et en avait le contrôle au moment du naufrage.

Les parties par application de la loi étaient l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la Caisse d'indemnisation), contre lequel une demande était dirigée en vertu de la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; le Fonds international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1971 (le Fonds international) qui a été avisé de la présente action et à laquelle il est devenu partie par application à la fois de la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et de la *Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* (la Convention sur le Fonds).

Il s'agissait de savoir: 1) si la demande de la demanderesse était prescrite par application du paragraphe 677(10) de

section 681 barred any claim in tort other than under Part XVI against J.D. Irving Ltd.; (3) whether any of the other defendants were "owners" of the barge so as to engage their statutory liability under Part XVI; (4) whether Part XVI applied retroactively to a sinking which occurred prior to the coming into force of Part XVI and prior to the creation of the Fund itself; (5) whether the claim against the SOPF was time-barred by subsection 710(1); (6) whether Part XVI created a liability for the IOPC Fund for events which occurred prior to the effective date of the Fund Convention in Canada; and (7) whether the claim against the IOPC Fund was time-barred.

*Held*, the action against the defendants in so far as it was based on Part XVI should be dismissed, but it should continue against all defendants in so far as it was based on torts; the claim against SOPF should be dismissed; SOPF's counterclaim should be allowed; and the claim against the IOPC Fund should be dismissed.

(1) Paragraph 677(1)(a) provides that a ship owner is liable for oil pollution damage from a ship; and paragraph 677(1)(b) provides that a ship owner is liable for reasonable expenses incurred to prevent, repair, remedy or minimize oil pollution damage from the ship. Subsection 677(10) provides that no action "in respect of a matter referred to in subsection (1)" lies unless it is commenced (a) where pollution damage occurred, within three years after the day on which the pollution damage occurred, and within six years after the occurrence that caused that pollution damage; or (b) where no pollution damage occurred within six years after the occurrence. Subsection 677(1) deals with claims both for pollution damage and for preventive measures. As pollution damage occurred at the time of the sinking in 1970, paragraph 677(1)(a) applied. But, assuming that paragraph 677(1)(b) applied, the two uses of the word "occurrence" in immediate proximity to one another in the same subsection (subsection 677(10)) must have the same meaning. As a matter of first impression, that meaning can only be an event which causes or is likely to cause pollution damage.

However the history, background and purpose of Part XVI was examined. Part XVI was enacted to implement the Fund Convention and the *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage* when Canadian ship owners were having difficulty obtaining international marine

la *Loi sur la marine marchande du Canada*; 2) si l'article 681 faisait obstacle à toute demande fondée sur la responsabilité délictuelle autre que celle dirigée contre la défenderesse J.D. Irving, Limited en vertu de la partie XVI; 3) si une autre partie défenderesse était «propriétaire» de la barge, de manière à engager sa responsabilité d'origine législative en vertu de la partie XVI; 4) si la partie XVI s'appliquait rétroactivement à un naufrage survenu avant l'entrée en vigueur de la partie XVI et avant la création du fonds même; 5) si la demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation était prescrite par application du paragraphe 710(1); 6) si la partie XVI imposait une obligation au Fonds international relativement à des événements survenus avant la prise d'effet de la Convention sur le Fonds au Canada; et 7) si la demande dirigée contre le Fonds international était prescrite.

*Jugement*: l'action dirigée contre les défendeurs doit être rejetée dans la mesure où elle est fondée sur la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, mais elle devrait suivre son cours contre tous les défendeurs en ce qui a trait aux moyens fondés sur le droit de la responsabilité délictuelle; la demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation devrait être rejetée; la demande reconventionnelle formulée par la Caisse d'indemnisation devrait être accueillie; et la demande dirigée contre le Fonds international devrait être rejetée.

1) L'alinéa 677(1)a) prévoit que le propriétaire d'un navire est responsable des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par le navire; et l'alinéa 677(1)b) prévoit que le propriétaire d'un navire est responsable des frais raisonnables supportés pour prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par le navire. Le paragraphe 677(10) prévoit que les actions «fondées sur la responsabilité décrite au paragraphe (1)» se prescrivent: a) s'il y a eu des dommages par pollution, par trois ans à compter du jour où les dommages se sont produits et par six ans à compter de l'événement qui les a causés; ou b) s'il n'y a pas eu des dommages par pollution, par six ans à compter de l'événement. Le paragraphe 677(1) traite des demandes relatives aux dommages par pollution et aux mesures préventives. Comme il y a eu des dommages par pollution au moment du naufrage en 1970, l'alinéa 677(1)a) s'appliquait. Toutefois, même si l'alinéa 677(1)b) s'appliquait, l'utilisation à deux reprises du terme «événement», dans des dispositions voisines à l'intérieur du même paragraphe (le paragraphe 677(10)) commande qu'un seul et même sens lui soit attribué. À prime abord, ce terme ne peut s'entendre que d'un événement qui a causé ou qui causera vraisemblablement des dommages par pollution.

Cependant, l'historique, le contexte et le but de la partie XVI ont été examinés. La partie XVI a été édictée pour mettre en œuvre la Convention sur le Fonds et la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* lorsque

insurance. Any ambiguity in subsection 677(10) is removed by a consideration of the more detailed provisions of the Conventions. In the French text “*événement*” is used as the equivalent of both “incident” and “occurrence”, thus indicating that the two words were intended to have the same meaning. Furthermore, the fact that both the Canadian and the international regimes provide recourse to funds which may have to be distributed *pro rata* in the event that there is not enough to go around provides a convincing rationale for the relatively short prescriptive periods: the administrators of the two funds could not prudently make any payments to claimants if there was any possibility of further claims exceeding the amounts available for distribution; they would have to wait until such time as they could be certain that no such claims could be made. The same interpretation of “occurrence” results from an examination of the general context of section 677 as a whole and the whole of Part XVI.

The above interpretation would result in the plaintiff's action being time-barred before it had even arisen, but the plaintiff's right of action was wholly statutory so that the presumption against statutory limitation periods was somewhat less persuasive. The plaintiff could not invoke the equities of the situation when it had only lost a right of action which it did not have at the time the sinking occurred, which it did not attempt to exercise while Part XX was in force, and which it did not exercise under Part XVI until long after the expiry of the period prescribed.

If the plaintiff's suggestion that the time should start to run from the date that the Minister had, or should have had, reasonable grounds to believe that the wreck was likely to cause pollution damage was accepted, it would be possible to file claims for the cost and expenses of preventive measures at virtually any time. One of the purposes of a limitation period is to bring certainty to the law, especially where *pro rata* payments out of the two funds would depend upon the administrators knowing that the list of claimants was closed. Such an interpretation would also adversely impact upon the ability of ship owners to obtain international marine insurance coverage, which was one of the reasons underlying Canada's decision to abandon the earlier regime of liability and compensation contained in Part XX. The claim was time-barred under subsection 677(10).

Regardless, the Minister had reasonable grounds to believe that pollution damage from the barge was likely before

les propriétaires des navires et des cargaisons ont éprouvé des difficultés à obtenir une police d'assurance sur le marché de l'assurance maritime internationale. L'examen des dispositions plus détaillées des conventions lève toute ambiguïté dans le paragraphe 677(10). Dans la version française, «*événement*» est employé comme l'équivalent à la fois de “*incident*” et de “*occurrence*”, ce qui indique qu'on a voulu que les deux mots aient le même sens. De plus, le fait que le régime international et le régime canadien prévoient tous deux le recours à des fonds qui risquent de devoir être distribués proportionnellement en cas d'insuffisance offre une explication convaincante aux délais de prescription relativement courts; il serait imprudent pour les administrateurs des deux fonds d'effectuer des paiements si de nouvelles demandes excédant les montants disponibles pouvaient être faites; elles devraient attendre d'avoir la certitude qu'aucune demande de ce type ne pourra être faite. Un examen du contexte général de l'article 677 dans son ensemble et de l'ensemble de la partie XVI produit la même interprétation du mot «*événement*».

L'interprétation qui précède aurait pour effet de rendre l'action de la demanderesse irrecevable avant même qu'elle ait pris naissance, mais le droit d'action de la demanderesse était lui-même d'origine purement législative, de sorte que la présomption défavorable à l'application des délais de prescription fixés par une loi avait moins de poids. La demanderesse ne pouvait pas invoquer ses droits en *equity* alors qu'elle n'a rien perdu d'autre qu'un droit d'action qu'elle n'avait pas au moment du naufrage, qu'elle n'a pas tenté d'exercer au moment où la partie XX était en vigueur et qu'elle n'a exercé sous le régime de la partie XVI que longtemps après l'expiration du délai imparti.

Si la thèse de la demanderesse, selon laquelle le délai devrait commencer à courir à la date à laquelle le ministre a eu ou aurait dû avoir des motifs raisonnables de croire que l'épave pouvait vraisemblablement causer des dommages par pollution, était acceptée, il serait possible de présenter des demandes en recouvrement des frais et dépenses imputables à des mesures préventives pratiquement n'importe quand. L'un des buts de l'établissement d'un délai de prescription consiste à conférer une certaine certitude au droit, tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce, les personnes responsables de deux fonds doivent avoir l'assurance que la liste des créanciers est définitivement arrêtée avant de prélever des paiements proportionnels sur les deux fonds. Une telle interprétation aurait également des répercussions négatives sur la capacité des propriétaires de navires d'obtenir une police d'assurance sur le marché de l'assurance maritime internationale, ce qui était une des raisons pour lesquelles le Canada a décidé d'abandonner son régime antérieur de responsabilité et d'indemnisation contenu à la partie XX. La réclamation était prescrite en vertu du paragraphe 677(10).

Néanmoins, le ministre a eu des motifs raisonnables de croire que la barge pouvait vraisemblablement causer des

December 1992. If there was a separate prescriptive period for each separate preventive measure which the Minister in his sole discretion decides to take, there would be no limitation period at all. That cannot be the law. The proper application of the discoverability principle required the time to start running from 1970 when the government learned that the wreck was lying on the seabed and had discharged, was discharging and was likely to discharge oil.

(2) Section 681 provides that the owner of a Convention ship is not liable for the matters referred to in subsection 677(1) otherwise than as provided by this Part. A "Convention ship" is defined as a sea-going ship carrying various oils as cargo. "Owner" of a Convention ship is defined as the person registered as the owner of the ship. At the time of its sinking, the *Irving Whale* was a Convention ship and the owner was the defendant J.D. Irving, Limited. But, there was some doubt as to whether the *Irving Whale* continued to be a Convention ship and whether J.D. Irving, Limited can continue to benefit from section 681. And, the torts of negligence and nuisance alleged against the defendants may both be of a continuing nature. There was no evidence on the alleged torts and when they might have occurred. Therefore, it was not possible to find the facts necessary to release J.D. Irving, Limited from any claim for liability in tort which is outside the scope of subsection 677(1).

(3) Liability under Part XVI is limited to the owner of a vessel. While the definition of "owner" would include a charterer, the bare-boat charter to Atlantic Towing Ltd. terminated without notice in accordance with its conditions upon the sinking of the vessel. There was no evidence that any defendant other than J.D. Irving, Limited could have been owner of the barge. The Part XVI action should be dismissed against the defendants other than J.D. Irving Limited.

(4) Section 84, which enacted Part XVI, expressly applies in respect of expenses incurred after it came into force. Parliament clearly intended that Part XVI should apply to claims for expenses incurred after the date of its coming into force "regardless of the time of the occurrence that gave rise to the damage, loss, costs or expenses". An event (occurrence) which took place prior to April 24, 1989, when Part XVI was not in force may nonetheless produce legal effects and give rise to a claim thereunder after such time. Since

dommages par pollution avant le mois de décembre 1992. Si un délai de prescription différent devait s'appliquer à chaque mesure préventive que le ministre décide de prendre, à son entière discrétion, il n'existerait de fait absolument aucun délai de prescription. Le droit ne saurait admettre pareille solution. La bonne application du principe de la possibilité de découverte des dommages commande en l'espèce que le délai commence à courir au moment où le gouvernement a pris connaissance du fait que l'épave gisait au fond de la mer et que des hydrocarbures s'en étaient écoulés, s'en écoulaient encore et continueraient probablement de s'en écouler.

2) L'article 681 prévoit que la responsabilité du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention quant aux questions mentionnées au paragraphe 677(1) est limitée à celle que prévoit la présente partie. Un «navire soumis à l'application de la Convention» est défini comme étant un navire de mer qui transporte différentes cargaisons d'hydrocarbures. «Propriétaire» d'un navire soumis à l'application de la Convention est défini comme étant la personne au nom de laquelle est immatriculé le navire. Au moment du naufrage, le *Irving Whale* était un navire soumis à l'application de la Convention et son propriétaire était la défenderesse J.D. Irving, Limited. Il subsistait toutefois un doute quant à savoir si le *Irving Whale* demeurerait un «navire soumis à l'application de la Convention» et si la défenderesse J.D. Irving, Limited pouvait continuer de se prévaloir de l'article 681. Et les délits de négligence et de nuisance allégués contre les défenderesses peuvent tous les deux être de nature continue. Il n'y avait aucune preuve établissant les délits allégués et le moment précis où ils se seraient produits. Il n'était donc pas possible de tirer des conclusions sur les faits essentiels pour permettre de dégager J.D. Irving, Limited de toute demande fondée sur sa responsabilité délictuelle, laquelle n'est pas visée par le paragraphe 677(1).

3) La responsabilité prévue par la partie XVI se limite au propriétaire du navire. Bien que la définition du terme «propriétaire» englobe l'affrètement, l'affrètement coque-nue en faveur d'Atlantic Towing Ltd. a pris fin sans préavis par application de ses propres modalités lorsque le navire a sombré. Il n'y avait aucune preuve que des défendeurs autres que J.D. Irving, Limited pouvaient être propriétaires de la barge. L'action introduite sous le régime de la partie XVI doit être rejetée contre les défendeurs autres que J.D. Irving, Limited.

4) L'article 84, qui a adopté la partie XVI, s'applique expressément aux dépenses engagées après la date de son entrée en vigueur. Le législateur avait clairement l'intention que la partie XVI s'applique aux demandes en recouvrement des dépenses engagées après la date de son entrée en vigueur «indépendamment de la date de survenance de l'événement qui leur a donné lieu». Un événement qui est survenu avant le 24 avril 1989, lorsque la partie XVI n'était pas encore en vigueur, peut quand même produire des effets

the claim against the SOPF arose entirely under the statute and was not dependent upon any external factor such as a treaty, the provision must be given its full force and effect; the presumption against retroactivity was displaced.

(5) Paragraph 710(1)(a) permits a person who has incurred expenses referred to in subsection 677(1) in respect of oil pollution damage to file a claim with the Administrator of the SOPF for such expenses where the oil pollution damage occurred within two years after the day on which that damage occurred, and five years after the occurrence that caused that damage. Apart from the time periods involved, the relevant words in subsection 710(1) are identical to the corresponding words in subsection 677(1). For the reasons applicable to subsection 677(1), the claim against the SOPF was time-barred.

(6) Section 699 provides that the IOPC Fund is liable where a claimant has been unable to obtain full compensation from the ship owner where there has been an occurrence. It is clear from section 699 that the liability of the IOPC Fund under Part XVI is contingent upon it being liable under the Fund Convention. The Fund Convention came into effect on October 16, 1978 and was acceded to by Canada more than 10 years later, coming into force on the ninetieth day after deposit of the appropriate instrument. There was no indication in the Fund Convention that it was intended to have retroactive effect. The presumption against retroactivity was fully applied.

(7) The claim was time-barred against the IOPC Fund under subsection 677(10).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Canada Shipping Act and to amend the Arctic Waters Pollution Prevention Act and the Oil and Gas Production and Conservation Act in consequence thereof*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 88.

*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 673 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 84; S.C. 1993, c. 36, s. 12), 677 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 84; S.C. 1993, c. 36, s. 15; 1996, c. 31, s. 104), 678 (as am. by S.C. 1993, c. 36, s. 16), 679 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 84), 681 (as am. *idem*), 699 (as am. *idem*), 710 (as am. *idem*; S.C. 1993, c. 36, s. 18).

*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, November 29, 1969, [1989] Can. T.S. No. 46.

juridiques et donner lieu à une demande en vertu de cette partie après cette date. Étant donné que la réclamation dirigée contre la Caisse d'indemnisation tire son origine de la loi et ne dépend d'aucun facteur extérieur, cette disposition doit s'appliquer pleinement; la présomption d'absence d'effet rétroactif a été réfutée.

5) L'alinéa 710(1)a) permet à une personne qui a engagé des frais mentionnés au paragraphe 677(1) à cause de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de déposer auprès de l'administrateur de la Caisse d'indemnisation une demande en recouvrement de ces frais dans les deux ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les cinq ans suivant l'événement qui les a causés. Hormis la durée des délais en cause, le libellé de la disposition pertinente du paragraphe 710(1) est identique au libellé du paragraphe 677(1). Pour les motifs applicables au paragraphe 677(1), la demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation était prescrite.

6) L'article 699 prévoit que le Fonds international est tenu de verser une indemnisation lorsqu'un créancier a été incapable d'obtenir pleine indemnisation de la part du propriétaire du navire lorsqu'il s'est produit un événement mettant en cause un navire soumis à l'application de la Convention. Il ressort clairement du libellé de l'article 699 que la responsabilité du Fonds international sous le régime de la partie XVI est liée à sa responsabilité en vertu de la Convention sur le Fonds. La Convention sur le Fonds est entrée en vigueur le 16 octobre 1978 et le Canada y a adhéré plus de 10 ans plus tard, entrant en vigueur le quarante-vingt-dixième jour après le dépôt de l'instrument approprié. Rien n'indique dans la Convention sur le Fonds qu'elle devait avoir un effet rétroactif. La présomption d'absence d'effet rétroactif a donc été appliquée pleinement.

7) La demande dirigée contre le Fonds international est prescrite en vertu du paragraphe 677(10).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 18 décembre 1971, [1989] R.T. Can. n° 47.

*Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 29 novembre 1969, [1989] R.T. Can. n° 46.

*Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et, en conséquence, la Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques et la Loi sur la production et la rationalisation de l'exploitation du pétrole et du gaz*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 88.

*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 673 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84; L.C. 1993, ch. 36, art. 12),



*International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage*, December 18, 1971, [1989] Can. T.S. No. 47.

677 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84; L.C. 1993, ch. 36, art. 15; 1996, ch. 31, art. 104), 678 (mod. par L.C. 1993, ch. 36, art. 16), 679 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84), 681 (mod., *idem*), 699 (mod., *idem*), 710 (mod., *idem*; L.C. 1993, ch. 36, art. 18).

## APPEARANCES:

*M. Robert Jetté, Frederick A. Welsford, and Jonathan Westphal* for plaintiff.

*L. Yves Fortier, Q.C., Johanne Gauthier and Frédéric Bachand* for defendants.

*David F. McEwen* for party by statute Administrator of Ship-Source Oil Pollution Fund.

*John G. O'Connor* for party by statute International Oil Pollution Compensation Fund 1971.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.

*Ogilvy Renault*, Montréal, for defendants.

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for party by statute Administrator of Ship-Source Oil Pollution Fund.

*Langlois, Gaudreau*, Québec, for party by statute International Oil Pollution Compensation Fund 1971.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

HUGESSEN J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons dispose of three motions for summary judgment brought respectively by the defendants and each of the defendants by statute. The action seeks the recovery of an amount in excess of

## ONT COMPARU:

*M. Robert Jetté, Frederick A. Welsford, et Jonathan Westphal* pour la demanderesse.

*L. Yves Fortier, c.r., Johanne Gauthier et Frédéric Bachand* pour les défendeurs.

*David F. McEwen* pour la partie par application de la loi, l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires.

*John G. O'Connor* pour la partie par application de la loi, le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1971.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour les défendeurs.

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour la partie par application de la loi, l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires.

*Langlois, Gaudreau*, Québec, pour la partie par application de la loi, le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1971.

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

LE JUGE HUGESSEN:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs touchent trois requêtes sollicitant un jugement sommaire présentées respectivement par les défendeurs et chacun des défendeurs par application de la loi. L'action vise le rembourse-

\$42,000,000 said to be the expense incurred by the plaintiff in the raising of the barge *Irving Whale*. The action sounds both in statute, alleging liability based upon Part XVI of the *Canada Shipping Act*,<sup>1</sup> and in tort, alleging both negligence and nuisance. The motions are concerned primarily with the statutory liability although, as will be seen, there may be some impact upon the question of tort liability as well.

### THE PARTIES

[2] The plaintiff is the Government of Canada.

[3] The named defendants all have a connection with the barge *Irving Whale* as follows:

(a) J.D. Irving Ltd. was the registered owner of the *Irving Whale* at the time of her sinking;

(b) Atlantic Towing Ltd. was the bare-boat charterer of the barge at the same time;

(c) Irving Oil Company Ltd. was the owner of the cargo of oil aboard the barge;

(d) the tug *Irving Maple* was towing the barge at the time that she sank;

(e) Universal Sales Ltd. was the registered owner of the *Irving Maple* at the time; and

(f) Atlantic Towing Ltd. was also the operator and had the control of the tug *Irving Maple* at the time of the sinking.

[4] The parties (defendants) by statute are:

(a) the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (hereinafter SOPF) against whom a claim has been made pursuant to Part XVI of the *Canada Shipping Act*; and

ment d'un montant de plus de 42 000 000 \$ que la demanderesse soutient avoir engagé pour renflouer la barge *Irving Whale*. L'action procède à la fois du droit d'origine législative, vu les allégations de responsabilité fondées sur la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>1</sup>, et du droit de la responsabilité délictuelle, vu les allégations de négligence et de nuisance. Les requêtes visent principalement la responsabilité d'origine législative, bien qu'elles puissent avoir aussi certaines répercussions sur la question de la responsabilité délictuelle, comme nous le verrons.

### LES PARTIES

[2] La partie demanderesse est le gouvernement du Canada.

[3] Les défendeurs désignés ont tous un lien avec la barge *Irving Whale*:

a) J.D. Irving Ltd. était le propriétaire enregistré du *Irving Whale* au moment de son naufrage;

b) Atlantic Towing Ltd. était l'affrèteur coque-nuc de la barge au même moment;

c) Irving Oil Company Ltd. était le propriétaire de la cargaison d'hydrocarbures transportée à bord de la barge;

d) le remorqueur *Irving Maple* remorquait la barge au moment du naufrage;

e) Universal Sales Ltd. était le propriétaire enregistré du remorqueur *Irving Maple* à ce moment;

f) Atlantic Towing Ltd. était l'exploitant du remorqueur *Irving Maple* et en avait le contrôle au moment du naufrage.

[4] Les parties défenderesses par application de la loi sont:

a) l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la Caisse d'indemnisation), contre lequel une demande est dirigée en vertu de la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*;

(b) the International Oil Pollution Compensation Fund 1971 (hereinafter IOPC Fund) which has been notified of and has become a party to the present action pursuant both to the terms of Part XVI and of the 1971 *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage*, December 18, 1971 [[1989] Can. T.S. No. 47] (hereinafter the Fund Convention).

b) le Fonds international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1971 (le Fonds international) qui a été avisé de la présente action et à laquelle il est devenu partie par application à la fois de la partie XVI et de la *Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 18 décembre 1971 [[1989] R.T. Can. n° 47] (la Convention sur le Fonds).

### THE FACTS

[5] While the parties are in some disagreement as to the relevance of certain facts, the following facts have been established either by admissions in the pleadings or by uncontradicted evidence:

(a) the *Irving Whale* was a tank barge having an overall length of 270 feet and a registered net tonnage of 2,089.8 tons. She was registered at the port of St. John in accordance with the terms of the *Canada Shipping Act*;

(b) the registered owner of the barge was J.D. Irving Ltd.;

(c) on September 7, 1970, the *Irving Whale* sank while in tow of the tug *Irving Maple* on a voyage from Halifax, Nova Scotia to Bathurst, New Brunswick. She came to rest on the seabed in approximately 220 feet of water;

(d) according to her bill of lading, the barge carried, at the time of her sinking, a cargo of 4,297 long tons of bunker C fuel oil;

(e) at the time of and immediately following the sinking, a quantity of oil was discharged from the barge which contaminated approximately 32 kilometres of the shoreline of the Magdalen Islands. The Government of Canada undertook operations which lasted until November, 1970 to clean the shoreline where it had been fouled by oil;

(f) small quantities of oil continued to leak intermittently from the barge over the next 26 years although there is no evidence that any of such leaks were of sufficient importance to have any signifi-

### LES FAITS

[5] Malgré un certain désaccord entre les parties quant à la pertinence de certains faits, les faits suivants ont été établis, soit par des aveux dans les actes de procédure, soit par une preuve non contredite:

a) le *Irving Whale* était un chaland-citerne d'une longueur hors tout de 270 pieds d'une jauge nette au registre de 2 089,8 tonnes. Il était immatriculé au port de St. John conformément aux dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*;

b) le propriétaire enregistré de la barge était la société J.D. Irving Ltd.;

c) le 7 septembre 1970, le *Irving Whale* a fait naufrage pendant que le remorqueur *Irving Maple* le remorquait entre Halifax, en Nouvelle-Écosse, et Bathurst, au Nouveau-Brunswick. Il a coulé au fond de la mer, à une profondeur d'environ 220 pieds;

d) selon son connaissance, la barge transportait, au moment de son naufrage, une cargaison de 4 297 tonnes fortes de mazout brut;

e) au moment du naufrage et immédiatement après, des hydrocarbures ont été rejetés par la barge et ont contaminé le rivage des Îles de la Madeleine sur une distance d'environ 32 kilomètres. Le gouvernement du Canada a entrepris des travaux qui se sont poursuivis jusqu'en novembre 1970 pour nettoyer le rivage souillé par les hydrocarbures;

f) de petites quantités d'hydrocarbures ont continué à être rejetées par la barge, de façon intermittente, pendant les 26 années qui ont suivi, bien qu'aucun élément de preuve n'établisse que l'un de ces rejets

cant impact upon the nearby land masses of the Magdalen Islands and Prince Edward Island;

(g) the condition of the barge was kept under surveillance by the Government. An early proposal to raise the barge was abandoned because of concerns over the propriety of the bidding process. In the years that followed, the authorities did take some preventive measures notably by the placing of bags over vent pipes to prevent the release of oil;

(h) in 1992, the Government commissioned a report on the feasibility of salvaging the barge. That report, submitted December 1, 1992, concluded that the risk of a massive and uncontrolled discharge of oil from the barge was serious and that the progressive deterioration of the vessel would, in due course, make it impossible to salvage her. Immediate preventive action was recommended;

(i) on March 18, 1994, the Minister of Transport concluded that the barge represented a long-term pollution risk and that the likely discharge of its cargo into the waters of the Gulf would have catastrophic negative impact upon the fishing and tourism industries in the region;

(j) on July 30, 1996, the *Irving Whale* was raised from the seabed successfully and was transported to the port of Halifax. She was found to contain 3575,871 long tons of crude oil;

(k) this action was brought on July 29, 1997.

#### THE LEGISLATION

[6] Part XVI is too long to be reproduced conveniently here in its entirety. However, the following are the most relevant sections for the purposes of this determination [sections 673 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 84; S.C. 1993, c. 36, s. 12), 677 (as am. by R.S.C., (3rd Supp.), c. 6, s. 84; S.C. 1993,

a été suffisamment important pour avoir des conséquences appréciables sur les terres émergées des Îles de la Madeleine et de l'Île-du-Prince-Édouard;

g) le gouvernement a surveillé l'état de la barge. Une proposition de renflouement de la barge a été abandonnée peu de temps après le naufrage en raison d'appréhensions concernant la régularité du processus d'appel d'offres. Au cours des années qui ont suivi, les autorités ont pris des mesures préventives consistant, notamment, à placer des sacs sur les tuyaux de mise à l'air libre pour empêcher le rejet d'hydrocarbures;

h) en 1992, le gouvernement a commandé un rapport sur la faisabilité du renflouement de la barge. Ce rapport, remis le 1<sup>er</sup> décembre 1992, concluait que le risque de rejet massif non contrôlé d'hydrocarbures provenant de la barge était important et que la détérioration progressive du bâtiment rendrait un jour son renflouement impossible. Il recommandait la prise de mesures préventives immédiates;

i) le 18 mars 1994, le ministre des Transports a conclu que la barge représentait un risque de pollution à long terme et que le rejet probable de sa cargaison dans les eaux du Golfe aurait des conséquences catastrophiques sur les industries de la pêche et du tourisme dans la région;

j) le 30 juillet 1996, on a réussi à remettre le *Irving Whale* à flot et à le transporter au port de Halifax. On a constaté qu'il renfermait 3 575,871 tonnes fortes de pétrole brut;

k) La présente action a été intentée le 29 juillet 1997.

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[6] La partie XVI est trop longue pour qu'il convienne de la reproduire en entier. En voici toutefois les dispositions les plus pertinentes en l'espèce [articles 673 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84; L.C. 1993, ch. 36, art. 12), 677 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84; L.C. 1993, ch.

c. 36, s. 15; 1996, c. 31, s. 104), 678 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp., c. 6, s. 84; S.C. 1993, c. 36, s. 16), 679 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 84), 681 (as am. *idem*), 699 (as am. *idem*), 710 (as am. *idem*; S.C. 1993, c. 36, s. 18)]:

673. In this Part,

“Administrator” means the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund appointed pursuant to section 704;

“Civil Liability Convention” means the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, concluded in Brussels on November 29, 1969, as amended by any protocol that is in force for Canada;

“Convention ship” means a sea-going ship, wherever registered, carrying, in bulk as cargo, crude oil, fuel oil, heavy diesel oil, lubricating oil, whale oil or any other persistent oil;

“discharge” of a pollutant from a ship means any discharge of a pollutant from a ship that results, directly or indirectly, in the pollutant entering the water and includes, without limiting the generality of the foregoing, spilling, leaking, pumping, pouring, emitting, emptying, throwing and dumping;

“Fund Convention” means the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, concluded in Brussels on December 18, 1971, and the Protocol concluded in London on November 19, 1976;

“guarantor” means a guarantor under a contract of liability insurance or other similar security relating to a ship owner’s liability under section 677;

“in bulk” means in a hold or tank that is part of the structure of the ship, without any intermediate form of containment;

“International Fund” means the International Oil Pollution Compensation Fund established by the Fund Convention;

“oil”, except in sections 716 to 721, means oil of any kind or in any form and, without limiting the generality of the foregoing, includes petroleum, fuel oil, sludge, oil refuse and oil mixed with wastes but does not include dredged spoil;

“oil pollution damage” means, in relation to any ship, loss or damage outside the ship caused by contamination resulting from the discharge of oil from that ship;

“owner” of a ship means

36, art. 15; 1996, ch. 31, art. 104), 678 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84; L.C. 1993, ch. 36, art. 16), 679 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84), 681 (mod., *idem*), 699 (mod., *idem*), 710 (mod., *idem*; L.C. 1993, ch. 36, art. 18)]:

673. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«administrateur» L’administrateur de la Caisse d’indemnisation nommé en conformité avec l’article 704.

«Caisse d’indemnisation» La Caisse d’indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires, constituée par l’article 702.

«Convention sur le Fonds international» La Convention internationale portant création d’un fonds international d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, adoptée à Bruxelles le 18 décembre 1971, et modifiée par le protocole adopté à Londres le 19 novembre 1976.

«Convention sur la responsabilité civile» La Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, adoptée à Bruxelles le 29 novembre 1969, telle que modifiée par les protocoles qui sont en vigueur pour le Canada.

«dommages par pollution» À l’égard d’un navire, pertes ou dommages extérieurs au navire et causés par une contamination résultant du rejet d’un polluant par ce navire.

«dommages dus à la pollution par les hydrocarbures» À l’égard d’un navire, pertes ou dommages extérieurs au navire et causés par une contamination résultant du rejet d’hydrocarbures par ce navire.

«en vrac» Dans une cale ou une citerne faisant partie de la structure du navire, sans contenant intermédiaire.

«Fonds international» Le Fonds international d’indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures constitué par la Convention sur le Fonds international.

«garant» Quiconque, en vertu d’un contrat d’assurance responsabilité ou d’une autre garantie semblable, se porte garant à l’égard de la responsabilité d’un propriétaire de navire aux termes de l’article 677.

«hydrocarbures» Sauf aux articles 716 à 721, les hydrocarbures de toutes sortes sous toutes leurs formes, notamment le pétrole, le fuel-oil, les boues, les résidus d’hydrocarbures et les hydrocarbures mélangés à des déchets, à l’exclusion des déblais de dragage.

(a) in relation to a Convention ship, the person registered as the owner of the ship or, in the absence of registration, the person owning the ship, or

(b) in relation to any other ship, the person having for the time being, either by law or by contract, the rights of the owner of the ship as regards the possession and use thereof;

“pollutant” means

(a) any substance that, if added to any waters, would degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of those waters to an extent that is detrimental to their use by man or by any animal, fish or plant that is useful to man, and

(b) any water that contains a substance in such a quantity or concentration, or that has been so treated, processed or changed, by heat or other means, from a natural state that it would, if added to any waters, degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of those waters to an extent that is detrimental to their use by man or by any animal, fish or plant that is useful to man,

and, without limiting the generality of the foregoing, includes oil and any substance or any substance of a class of substances that is prescribed for the purposes of Part XV to be a pollutant;

“pollution damage” means, in relation to any ship, loss or damage outside the ship caused by contamination resulting from the discharge of a pollutant from that ship;

“prescribed” means prescribed by regulation;

“ship” includes any description of vessel, boat or craft designed, used or capable of being used solely or partly for marine navigation, without regard to method or lack of propulsion;

“Ship-source Oil Pollution Fund” means the Ship-source Oil Pollution Fund established by section 702;

“tonne” means 1 000 kg.

...

677. (1) Subject to this Part, the owner of a ship is liable

(a) for oil pollution damage from the ship;

(b) for costs and expenses incurred by

(i) the Minister of Fisheries and Oceans,

(ii) a response organization to whom a certificate of designation has been issued pursuant to subsection 660.4(1),

«navire» Toutes sortes de bâtiments, bateaux ou embarcations conçus, utilisés ou utilisables, exclusivement ou non, pour la navigation maritime, indépendamment de leur mode de propulsion ou de l'absence de propulsion.

«navire soumis à l'application de la Convention» Navire de mer, quel que soit le lieu de son immatriculation, qui transporte en vrac une cargaison de pétrole brut, de fuel-oil, d'huile diesel lourde, d'huile de graissage, d'huile de baleine ou d'autres hydrocarbures persistants.

«polluant» Les hydrocarbures, les substances désignées par règlement, nommément ou par catégories, comme polluantes pour l'application de la partie XV et, notamment, les substances suivantes:

a) celles qui, ajoutées à l'eau, produiraient, directement ou non, une dégradation ou altération de sa qualité de nature à nuire à son utilisation par l'homme ou par les animaux, les poissons ou les plantes utiles à l'homme;

b) l'eau qui contient une substance en quantité ou concentration telle ou qui a été chauffée ou traitée ou transformée depuis son état naturel de façon telle que son addition à l'eau produirait, directement ou non, une dégradation ou altération de la qualité de cette eau de façon à nuire à son utilisation par l'homme ou par les animaux, les poissons ou les plantes utiles à l'homme.

«propriétaire»

a) À l'égard d'un navire soumis à l'application de la Convention, la personne au nom de laquelle il est immatriculé ou, à défaut d'immatriculation, de celle qui en a la propriété;

b) à l'égard des autres navires, la personne qui a, au moment considéré, en vertu de la loi ou d'un contrat, les droits du propriétaire du navire en ce qui a trait à la possession et à l'usage du navire.

«rejet» À l'égard d'un navire, rejet depuis ce navire, d'un polluant qui, directement ou indirectement, atteint l'eau, notamment par déversement, fuite, déchargement ou chargement par pompage, rejet liquide, émanation, vidange, rejet solide et immersion.

«tonne» L'unité de mesure égale à mille kilogrammes.

[. . .]

677. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le propriétaire d'un navire est responsable dans les cas suivants:

a) des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par le navire;

b) des frais supportés par le ministre des Pêches et des Océans, un organisme d'intervention agréé aux termes du paragraphe 660.4(1), toute autre personne au Canada ou toute autre personne d'un État partie à la Convention sur

(iii) any other person in Canada, or

(iv) any person in a state, other than Canada, that is a party to the Civil Liability Convention,

in respect of measures taken to prevent, repair, remedy or minimize oil pollution damage from the ship, including measures taken in anticipation of a discharge of oil from the ship, to the extent that the measures taken and the costs and expenses are reasonable, and for any loss or damage caused by such measures; and

(c) for costs and expenses incurred

(i) by the Minister of Fisheries and Oceans in respect of measures taken pursuant to paragraph 678(1)(a) in respect of any monitoring, or in relation to the direction of the taking of measures or their prohibition, pursuant to paragraph 678(1)(b) or (c), or

(ii) by any other person in respect of measures the person was directed to take, or prohibited from taking, pursuant to paragraph 678(1)(b) or (c),

to the extent that the measures taken and the costs and expenses are reasonable, and for any loss or damage caused by such measures.

(3) The owner's liability under subsection (1) does not depend on proof of fault or negligence, but the owner is not liable under that subsection if he establishes that the occurrence

(a) resulted from an act of war, hostilities, civil war or insurrection or from a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character;

(b) was wholly caused by an act or omission of a third party with intent to cause damage; or

(c) was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids, in the exercise of that function.

(4) Where the owner of a ship who is liable under subsection (1) establishes that the occurrence resulted wholly or partially

(a) from an act or omission done by the person who suffered the damage with intent to cause damage, or

(b) from the negligence of that person,

the liability of the owner to that person is reduced or nullified in proportion to the degree to which the occurrence resulted from the factors mentioned in paragraphs (a) and (b).

la responsabilité civile pour la prise de mesures visant à prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par le navire ou les rejets d'hydrocarbures en prévision d'un risque de même que les pertes ou dommages causés par ces mesures, pour autant que ces frais et ces mesures soient raisonnables;

c) des frais supportés par le ministre des Pêches et des Océans pour les mesures qu'il prend aux termes de l'alinéa 678(1)a) en ce qui concerne les mesures de surveillance ou les mesures qu'il prend, ordonne ou interdit de prendre aux termes des alinéas 678(1)b) ou c), ou par toute autre personne pour les mesures qu'il lui a été ordonné ou interdit de prendre aux termes des alinéas 678(1)b) ou c) de même que les pertes ou dommages causés par ces mesures, pour autant que ces frais et ces mesures soient raisonnables.

(3) La responsabilité du propriétaire telle que prévue au paragraphe (1) n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute ou d'une négligence, mais il n'est pas tenu responsable s'il démontre que l'événement:

a) soit résulte d'un acte de guerre, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection ou d'un phénomène naturel d'un caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible;

b) soit est entièrement imputable à l'acte ou à l'omission d'un tiers qui avait l'intention de causer des dommages;

c) soit est entièrement imputable à la négligence ou à l'action préjudiciable d'un gouvernement ou d'une autre autorité dans le cadre des responsabilités qui lui incombent en ce qui concerne l'entretien des feux et autres aides à la navigation.

(4) Le propriétaire peut être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que l'événement résulte en totalité ou en partie:

a) soit de l'acte ou de l'omission de la personne qui a subi les dommages, si celle-ci avait l'intention de causer un dommage;

b) soit de la négligence de cette personne.

(5) Nothing in this Part shall be construed as limiting or restricting any right of recourse that the owner of a ship who is liable under subsection (1) may have against any other person.

(6) Costs and expenses incurred by the owner of a ship in respect of measures voluntarily taken by him to prevent, repair, remedy or minimize oil pollution damage from the ship, including measures taken in anticipation of a discharge of oil from the ship, to the extent that the measures taken and the costs and expenses are reasonable, rank equally with other claims against any security given by that ship owner in respect of his liability under this section.

(7) Subject to sections 679 and 683, all claims pursuant to this Part may be sued for and recovered in the Admiralty Court.

(8) Subject to subsection (9), the jurisdiction conferred on the Admiralty Court by subsection (7) may be exercised *in rem* against the ship that is the subject of the claim, or against any proceeds of sale thereof that have been paid into court.

(9) No action *in rem* may be commenced in Canada against

- (a) any warship, coast guard ship or police vessel;
- (b) any ship owned or operated by Canada or a province, or any cargo carried thereon, where such ship is engaged on government service; or
- (c) any ship owned or operated by a state other than Canada, or any cargo carried thereon, with respect to any claim where, at the time the claim arose or the action is commenced, such ship was being used exclusively for non-commercial governmental purposes.

(10) No action in respect of a matter referred to in subsection (1) lies unless it is commenced

- (a) where pollution damage occurred, within three years after the day on which the pollution damage occurred and within six years after the occurrence that caused that pollution damage; or
- (b) where no pollution damage occurred, within six years after the occurrence.

(11) Where there is an occurrence that gives rise to liability of an owner of a ship under subsection (1), the Administrator may, either before or after receiving a claim pursuant to section 710, commence an action *in rem* against the ship that is the subject of the claim, or against any proceeds of sale thereof that have been paid into court, and

(5) La présente partie n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou recours qu'un propriétaire de navire responsable en vertu du paragraphe (1) peut exercer contre des tiers.

(6) Les frais supportés par un propriétaire de navire qui prend volontairement les mesures visées au paragraphe (1) à l'égard de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures sont du même rang que les autres créances vis-à-vis des garanties que le propriétaire a données à l'égard de la responsabilité que lui impose le présent article, pour autant que ces frais et ces mesures soient raisonnables.

(7) Sous réserve des articles 679 et 683, la Cour d'Amirauté a compétence à l'égard des demandes en recouvrement de créances exercées en vertu de la présente partie.

(8) Sous réserve du paragraphe (9), la compétence que confère le paragraphe (7) à la Cour d'Amirauté peut s'exercer *in rem* à l'encontre du navire qui fait l'objet de la demande ou à l'encontre du produit de la vente de celui-ci déposé à la cour.

(9) Aucune action *in rem* ne peut être intentée au Canada à l'encontre:

- a) d'un navire de guerre, d'un navire de la garde côtière ou d'un navire de police;
- b) d'un navire qui appartient au Canada ou à une province, ou qui est exploité par le Canada ou une province, ou encore à l'encontre de la cargaison se trouvant sur ce navire, dans les cas où le navire en question est affecté à un service gouvernemental;
- c) d'un navire qui appartient à un État étranger ou qui est exploité par un tel État, ou encore à l'encontre de la cargaison se trouvant sur ce navire si, au moment où la cause d'action a pris naissance ou au moment où l'action est intentée, le navire est utilisé exclusivement dans le cadre d'une activité gouvernementale non commerciale.

(10) Les actions fondées sur la responsabilité décrite au paragraphe (1) se prescrivent:

- a) s'il y a eu dommages par pollution, par trois ans à compter du jour où les dommages se sont produits et par six ans à compter de l'événement qui les a causés;
- b) s'il n'y a pas eu dommages par pollution, par six ans à compter de l'événement.

(11) En cas d'événement dont la responsabilité est imputable au propriétaire d'un navire aux termes du paragraphe (1), l'administrateur peut, même avant d'avoir reçu la demande visée à l'article 710, intenter une action *in rem* à l'encontre du navire qui fait l'objet de la demande ou à l'encontre du produit de la vente de celui-ci déposé à la cour



in any such action the Administrator shall be entitled to claim security in an amount not less than the shipowner's maximum aggregate liability calculated in accordance with section 679.

(12) The Administrator may only continue the action referred to in subsection (11) if the Administrator has become subrogated to the rights of the claimant under subsection 711(3).

**678.** (1) Where the Minister believes on reasonable grounds that a ship has discharged, is discharging or is likely to discharge a pollutant, the Minister may

(a) take such measures as the Minister deems necessary to repair, remedy, minimize or prevent pollution damage from that ship, including the removal or destruction of the ship and its contents, and may sell or otherwise dispose of the ship and its contents;

(b) monitor the measures taken by any person to repair, remedy, minimize or prevent pollution damage from the ship; or

(c) where the Minister considers it necessary to do so, direct any person to take measures referred to in paragraph (b), or prohibit any person from taking such measures.

(2) The proceeds from any sale or other disposal of a ship or its contents pursuant to paragraph (1)(a) shall be applied towards meeting the costs and expenses incurred in taking the measures under that paragraph, and any surplus shall be paid to the owner of that ship or to the owner of its contents, as the case may be.

...

**679.** (1) Where an occurrence giving rise to liability of an owner of a ship under section 677 occurs without actual fault or privity of the owner, the owner's maximum aggregate liability under that section in respect of that occurrence is the lesser of

(a) one hundred and thirty-three Special Drawing Rights for each

(i) ton of the ship's tonnage, where paragraph (2)(a) applies, or

(ii) tonne of the Convention ship's tonnage, where paragraph (2)(b) applies,

(b) fourteen million Special Drawing Rights,

and section 575 does not apply in respect of the owner's liability for the matters referred to in subsection 677(1).

et, à cette occasion, peut demander une garantie d'un montant au moins égal à la responsabilité maximale cumulée du propriétaire du navire calculée conformément à l'article 679.

(12) L'administrateur ne peut continuer cette action que s'il est subrogé dans les droits du demandeur en vertu du paragraphe 711(3).

**678.** (1) Le ministre peut, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un rejet de polluant ou un risque de rejet est attribuable à un navire:

a) prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages, voire enlever ou détruire le navire et son contenu, et disposer du navire et de son contenu;

b) surveiller l'application de toute mesure prise par toute personne en vue de prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages;

c) s'il l'estime nécessaire, ordonner à toute personne de prendre les mesures visées à l'alinéa b) ou lui interdire de les prendre.

(2) Le produit de la vente ou autre forme de cession d'un navire ou de son contenu effectuée en vertu de l'alinéa (1)a) est affecté aux frais engagés par la prise de mesures que vise cet alinéa; le surplus est remis au propriétaire du navire ou du contenu, selon le cas.

[ . . . ]

**679.** (1) La responsabilité maximale du propriétaire d'un navire aux termes de l'article 677 est limitée au plus petit des montants suivants dans le cas où l'événement qui engage sa responsabilité a eu lieu sans sa faute personnelle ou participation:

a) cent trente-trois droits de tirage spéciaux:

(i) par tonneau de jauge du navire, lorsque l'alinéa (2)a) s'applique,

(ii) par tonne d'équivalence de jauge du navire soumis à l'application de la Convention, lorsque l'alinéa (2)b) s'applique;

b) quatorze millions de droits de tirage spéciaux.

L'article 575 ne s'applique pas alors à la responsabilité du propriétaire décrite au paragraphe 677(1).

(2) For the purposes of subparagraphs (1)(a)(i) and (ii),

(a) a ship's tonnage is the aggregate of

(i) its net tonnage, and

(ii) the amount deducted from its gross tonnage in respect of engine room space for the purpose of ascertaining the net tonnage; or

(b) where a Convention ship's tonnage cannot be measured in accordance with paragraph (a), it shall be deemed to be 39.368 per cent of the weight in tonnes of oil that the Convention ship is capable of carrying.

(3) In subsection (2), "net tonnage" means register tonnage.

(4) In paragraphs (1)(a) and (b), "Special Drawing Rights" means special drawing rights issued by the International Monetary Fund.

...

**681.** (1) The owner of a Convention ship is not liable for the matters referred to in subsection 677(1) otherwise than as provided by this Part.

(2) No servant or agent of the owner of a Convention ship nor any person performing salvage operations with the agreement of the owner shall be liable for the matters referred to in subsection 677(1).

...

**699.** Where there is an occurrence involving a Convention ship, to the extent that a claimant has been unable to obtain full compensation under this Part from the ship owner or his guarantor, the International Fund is, subject to the provisions of the Fund Convention, liable in accordance with Article 4 of that Convention.

...

**710.** (1) In addition to any right against the Ship-source Oil Pollution Fund under section 709, a person, other than one described in subparagraphs 677(1)(b)(ii) and (iv), who has suffered loss or damage or incurred costs or expenses referred to in subsection 677(1) in respect of actual or anticipated oil pollution damage may file a claim with the Administrator for the loss, damage, costs or expenses

(2) Les règles suivantes s'appliquent à l'alinéa (1)a :

a) la jauge d'un navire est sa jauge nette augmentée du volume qui, en raison de l'espace occupé par la chambre des machines, a été déduit de sa jauge brute pour en déterminer la jauge nette;

b) s'il est impossible de déterminer la jauge d'un navire soumis à l'application de la Convention en conformité avec l'alinéa a), celle-ci est réputée égale à 39,368 pour cent du poids en tonnes des hydrocarbures que le navire peut transporter.

(3) Au paragraphe (2), la jauge nette est la jauge officielle.

(4) Pour l'application des alinéas (1)a) et b), les droits de tirage spéciaux sont ceux qu'émet le Fonds monétaire international.

[. . .]

**681.** (1) La responsabilité du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention quant aux questions mentionnées au paragraphe 677(1) est limitée à celle que prévoit la présente partie.

(2) Ne peut être engagée la responsabilité des préposés ou mandataires du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention, ou celle des personnes effectuant des opérations de sauvetage avec le consentement du propriétaire, eu égard aux questions mentionnées au paragraphe 677(1).

[. . .]

**699.** Dans le cas où un événement met en cause un navire soumis à l'application de la Convention, le Fonds international est tenu, sous réserve des dispositions de la Convention sur le Fonds international, de verser une indemnisation conforme aux termes de l'article 4 de cette convention, dans la mesure où un créancier a été, en application de la présente partie, incapable d'obtenir pleine indemnisation de la part du propriétaire du navire ou du garant de ce propriétaire.

[. . .]

**710.** (1) En plus des droits qu'elle peut exercer contre la Caisse d'indemnisation en vertu de l'article 709, toute personne autre qu'un organisme d'intervention agréé aux termes du paragraphe 660.4(1) ou qu'une personne d'un État partie à la Convention sur la responsabilité civile qui a subi des préjudices ou des dommages ou qui a engagé des frais mentionnés au paragraphe 677(1) à cause de dommages réels ou d'un risque de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures peut déposer auprès de l'administrateur dans les délais qui suivent, une demande en recouvrement de créance due à ces dommages, préjudices et frais, sous réserve du pouvoir donné à la Cour d'Amirauté à l'alinéa 715a) de prescrire une période plus courte:

(a) where oil pollution damage occurred, within two years after the day on which that damage occurred and five years after the occurrence that caused that damage, or

(b) where no oil pollution damage occurred, within one year after the occurrence,

subject to the fixing of a shorter period by the Admiralty Court under paragraph 715(a).

(2) On receipt of a claim under subsection (1), the Administrator shall forthwith

(a) investigate and assess the claim; and

(b) make an offer of compensation to the claimant for whatever portion of the claim the Administrator finds to be established.

(3) For the purpose of investigating and assessing a claim pursuant to subsection (2), the Administrator has all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

(4) In investigating and assessing a claim pursuant to subsection (2), the Administrator shall concern himself only with

(a) whether the claim is for matters covered by subsection (1); and

(b) whether the claim resulted wholly or partially

(i) from an act or omission done by the claimant with intent to cause damage, or

(ii) from the negligence of the claimant.

(5) A claimant is not required to satisfy the Administrator that the occurrence was caused by a ship, but the Administrator shall dismiss a claim under subsection (1) if satisfied on the evidence that the occurrence was not caused by a ship.

(6) Where the Administrator is satisfied that a claim under subsection (1) resulted wholly or partially

(a) from an act or omission done by the claimant with intent to cause damage, or

(b) from the negligence of the claimant,

the Administrator shall nullify or reduce any amount that he would have otherwise assessed under subsection (2), in proportion to the degree to which he finds that the claim resulted from the factors mentioned in paragraphs (a) and (b).

a) s'il y a eu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans les deux ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les cinq ans suivant l'événement qui les a causés;

b) s'il n'y a pas eu de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans l'année qui suit l'événement.

(2) Sur réception de la demande en recouvrement de créance, l'administrateur procède de la façon suivante:

a) il enquête sur la créance et l'évalue;

b) il fait une offre de règlement pour la partie de la demande qu'il juge recevable.

(3) Pour enquêter sur les créances et les évaluer en conformité avec le paragraphe (2), l'administrateur a les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

(4) En enquêtant sur les créances et en les évaluant, l'administrateur doit se préoccuper seulement des faits suivants:

a) si la créance est couverte par le paragraphe (1);

b) si la créance résulte, en tout ou en partie:

(i) soit d'une action ou omission du demandeur visant à causer un dommage,

(ii) soit de la négligence de celui-ci.

(5) Le demandeur n'est pas tenu de démontrer que l'événement a été causé par un navire mais l'administrateur rejette la demande s'il est d'avis que la preuve établit que l'événement n'a pas été causé par un navire.

(6) L'administrateur réduit proportionnellement ou annule la demande lorsqu'il est convaincu que l'événement à l'origine de celle-ci est attribuable en tout ou en partie:

a) soit à une action ou une omission du demandeur visant à causer un dommage;

b) soit à sa négligence.

[7] Part XVI was enacted by section 84 of the enacting statute.<sup>2</sup> That statute was proclaimed in force on April 24, 1989. Section 88 reads:

**88.** (1) Section 84 applies in respect of damage or loss occurring or costs or expenses incurred after the coming into force of that section, regardless of the time of the occurrence that gave rise to the damage, loss, costs or expenses.

(2) Any claim made against the Ship-source Oil Pollution Fund after the coming into force of section 84 in respect of damage or loss that occurred, or costs or expenses that were incurred, before the coming into force of that section shall be dealt with in accordance with the provisions of Part XV of the *Canada Shipping Act* as it read immediately before the coming into force of that section.

(3) All rights and obligations of the Maritime Pollution Claims Fund in existence immediately before the coming into force of section 84 shall, on the coming into force of that section, become rights or obligations of the Ship-source Oil Pollution Fund, and any such right or obligation or any claim pending against the Maritime Pollution Claims Fund may be enforced by or against the Ship-source Oil Pollution Fund in accordance with the provisions of Part XV of the *Canada Shipping Act* as it read immediately before the coming into force of that section.

### THE ISSUES

[8] The following issues fall to be decided on these motions:

(1) by the defendants:

(a) whether the plaintiff's claim is time-barred by the terms of subsection 677(10);

(b) whether the terms of section 681 serve to bar any claim in tort other than under Part XVI against the defendant J.D. Irving Ltd.;

(c) whether there is any evidence that any of the other defendants were "owners" of the barge so as to engage their statutory liability under Part XVI;

(2) for the defendant by statute SOPF:

[7] La partie XVI a été édictée par l'article 84 de la loi d'édition<sup>2</sup>. Cette Loi a été promulguée le 24 avril 1989. Voici l'article 88:

**88.** (1) L'article 84 s'applique aux dommages et aux préjudices qui surviennent après son entrée en vigueur de même qu'aux frais qui sont engagés après cette entrée en vigueur, indépendamment de la date de survenance de l'événement qui leur a donné lieu.

(2) Les demandes en recouvrement de créance présentées à la Caisse d'indemnisation après l'entrée en vigueur de l'article 84 à l'égard de dommages et de préjudices survenus, de même qu'à l'égard des frais engagés, avant cette entrée en vigueur, sont déterminées en conformité avec les dispositions de la partie XV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, dans leur version antérieure à l'entrée en vigueur de cet article.

(3) Les droits et obligations de la Caisse des réclamations de la pollution maritime qui existent à l'entrée en vigueur de l'article 84 deviennent au moment de cette entrée en vigueur ceux de la Caisse d'indemnisation; les demandes non encore réglées à ce moment peuvent être dirigées contre la Caisse d'indemnisation, les droits transférés peuvent être exercés et les obligations remplies par celle-ci en conformité avec les dispositions de la partie XV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, dans leur version antérieure à l'entrée en vigueur de cet article.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

[8] La Cour doit trancher les questions qui suivent.

1) Dans la requête présentée par les défendeurs:

a) La demande de la demanderesse est-elle prescrite par application du paragraphe 677(10)?

b) L'article 681 fait-il obstacle à toute demande fondée sur la responsabilité délictuelle autre que celle dirigée contre la défenderesse J.D. Irving Ltd. en vertu de la partie XVI?

c) Des éléments de preuve établissent-ils qu'une autre partie défenderesse était «propriétaire» de la barge, de manière à engager sa responsabilité d'origine législative en vertu de la partie XVI?

2) Dans la requête présentée par la Caisse d'indemnisation, défenderesse par application de la loi:

(a) whether the terms of Part XVI have any retroactive application to a sinking which occurred prior to the coming into force of Part XVI and prior to the creation of the fund itself;

(b) whether the claim against the SOPF is time-barred by the terms of subsection 710(1);

(3) for the defendant by statute IOPC Fund:

(a) whether Part XVI creates liability for the IOPC Fund for events which occurred prior to the effective date of the Fund Convention in Canada;

(b) whether the claim against the IOPC Fund is time-barred

a) La partie XVI s'applique-t-elle rétroactivement à un naufrage survenu avant l'entrée en vigueur de la partie XVI et avant la création du fonds même?

b) La demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation est-elle prescrite par application du paragraphe 710(1)?

3) Dans la requête présentée par le Fonds international, défendeur par application de la loi:

a) La partie XVI impose-t-elle une obligation au Fonds international relativement aux événements survenus avant la prise d'effet de la Convention sur le Fonds au Canada?

b) La demande dirigée contre le Fonds international est-elle prescrite?

#### THE DEFENDANTS' MOTION

##### Is the claim time-barred?

[9] The defendants' position is brutally simple. Subsection 677(10) provides two different prescriptive periods. The first, set out in paragraph (a), applies where pollution damage has occurred; the time limitation is double being three years from the date of the damage and six years from the occurrence that caused such damage. Since pollution damage unquestionably occurred in this case (the fouling of the beaches on the Magdalen Islands and the plaintiff's clean-up thereof), all claims were statute-barred at the latest by November 1973. In any event, and if it should be found that paragraph 677(10)(a) was, for some reason inapplicable, paragraph (b) enacts a six-year prescription which tolls from the date of "the occurrence". Manifestly, the word "occurrence" in paragraph 677(10)(b) has the same meaning as it does in paragraph (a) and the operative date is that of the event which caused or could have caused pollution damage to occur, namely the sinking.

[10] To this, the plaintiff has several replies. First, it argues that paragraph 677(10)(a) should only apply

#### LA REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR LES DÉFENDEURS

##### La demande est-elle prescrite?

[9] La thèse des défendeurs est d'une simplicité extrême. Le paragraphe 677(10) fixe deux délais de prescription différents. Le premier, établi par l'alinéa a), s'applique s'il y a eu dommage par pollution; le délai, qui comporte deux éléments, est de trois ans à compter du jour où les dommages se sont produits et de six ans à compter de l'événement qui les a causés. Comme il est indéniable qu'il y a eu un dommage en l'espèce (les plages des Îles de la Madeleine ont été souillées et la demanderesse les a nettoyées), toutes les demandes étaient prescrites au plus tard en novembre 1973. Quoi qu'il en soit, et si jamais l'alinéa a) était jugé inapplicable, pour quelque raison que ce soit, l'alinéa b) établit un délai de prescription de six ans qui court à compter de «l'événement». De toute évidence, dans l'alinéa b), l'expression «l'événement» a le même sens que dans l'alinéa a) et la date déterminante est celle de l'événement qui a causé ou qui aurait pu causer les dommages dus à la pollution, c'est-à-dire la date du naufrage.

[10] La demanderesse fait valoir plusieurs arguments pour réfuter cette thèse. Premièrement, elle soutient

where the claim is actually for pollution damage; since the claim here is for purely preventive measures, the operative limitation period should be sought in paragraph (b). Second, the plaintiff invokes through every stage of its argument, the well-established jurisprudential rule that limitation periods should be strictly construed and that courts should, in particular, be extremely reluctant to cut off a plaintiff's cause of action before it arises and where the circumstances are such that the recourse could not have been exercised timely; this is such a case since the plaintiff's right of action under subsection 677(1) did not even exist at the time at which the defendants argue that it had become prescribed. A more particular application of the general rule of strict interpretation of limitation periods is sometimes known as the "discoverability" rule: prescription will not toll against a claimant until such time as he or she knew or should have known that a claim existed. The plaintiff accordingly argues that "the occurrence" which marks the starting point of the prescription enacted by paragraph 677(10)(b) must be interpreted in light of these rules. The presumption relied upon by defendants to the effect that the Legislature is presumed to make consistent use of language is both weak and rebuttable. Particularly, this is so where the word used is one which is capable of assuming a wide variety of meanings; "occurrence" is such a word. Where the claim is for purely preventive measures, the word should mean the taking of such measures or, at the earliest, the time when the plaintiff first had reasonable grounds for believing that pollution damage would be likely if such measures were not taken. On the facts of the present case, it is said that the earliest possible date would be December 1992 and that, accordingly, the six-year period enacted by paragraph 677(10)(b) had not expired at the time the action was brought.

[11] As a matter of first impression, there can be no doubt in my mind that the meaning suggested by the defendants for subsection 677(10) is correct. Pollution

que l'alinéa a) devrait s'appliquer uniquement lorsque la demande vise en fait les dommages dus à la pollution; en l'espèce, la demande étant reliée à des mesures purement préventive, le délai de prescription déterminant serait celui prévu à l'alinéa b). Deuxièmement, la demanderesse fait valoir, à toutes les étapes de son argumentation, la règle jurisprudentielle bien établie selon laquelle les délais de prescription doivent être interprétés restrictivement et les tribunaux doivent, en particulier, être extrêmement réticents à priver un demandeur de sa cause d'action avant même qu'elle prenne naissance et lorsqu'il n'aurait pas pu, en raison des circonstances, exercer son recours dans le délai imparti; c'est le cas en l'espèce, puisque le droit d'action conféré à la demanderesse par le paragraphe 677(1) n'existait même pas au moment auquel il est devenu prescrit selon les défendeurs. On désigne parfois une application plus particulière de la règle générale de l'interprétation stricte des délais de prescription comme la règle de la «possibilité de découverte»: la prescription ne court pas contre un demandeur tant qu'il n'a pas ou qu'il ne devrait pas avoir eu connaissance de l'existence d'une réclamation. La demanderesse prétend donc qu'il faut tenir compte de ces règles pour déterminer ce qu'on entend par «l'événement» qui marque le point de départ du délai de prescription prévu par l'alinéa b). La présomption invoquée par les défendeurs selon laquelle le législateur doit être tenu pour s'exprimer de façon uniforme est à la fois faible et réfutable. C'est particulièrement le cas lorsque l'éventail des sens qu'il est possible d'attribuer à un terme est étendu; c'est le cas du terme «événement». Lorsque la demande vise des mesures purement préventives, ce terme doit s'entendre de la prise de ces mesures ou, au plus tôt, du moment auquel la demanderesse a eu des motifs raisonnables de croire que des dommages par pollution se produiraient vraisemblablement en l'absence de telles mesures. À partir des faits soumis à la Cour, on prétend que la date possible la plus ancienne serait le mois de décembre 1992 et que le délai de six ans établi par l'alinéa b) n'était donc pas expiré au moment de l'introduction de l'action.

[11] À prime abord, je crois sans l'ombre d'un doute que l'interprétation du paragraphe 677(10) proposée par les défendeurs est juste. Il y a eu dommages par

damage did occur at the time of the sinking in 1970. Subsection (10) does not speak of a claim for pollution damage but rather of an “action in respect of a matter referred to in subsection (1)”. Subsection (1) deals with claims both for pollution damage and for preventive measures. Paragraph (a) applies. However, even assuming that paragraph (b) was to apply, the two uses of the word “occurrence” in immediate proximity to one another in the same subsection (indeed in the same sentence), must have the same meaning. That meaning can only be an event which causes or is likely to cause pollution damage. It would have been grammatically and logically incorrect to precede the second use of the word by “such” or “that” since that would have confused the cases of occurrences which caused pollution damage with those that were merely likely to do so.

[12] It is not, however, enough to limit oneself to the apparent meaning of subsection 677(10) itself. I accept the plaintiff’s position that prescriptive provisions must be strictly interpreted. I also share unreservedly the reluctance frequently expressed by courts to strangle an action before birth by finding it to be prescribed before the cause of action even arose or was known to the plaintiff. Accordingly, I think it is necessary to look to the broader context of Part XVI, to examine its history, background and purpose, to look to the consequences of the various proposed interpretations in the light of the policy underlying the provisions in question, and to examine such interpretative aids as are permissible and available.

[13] I start with the history. Prior to June 1971, Canada, like most other nations of the world, had no effective legislative provision with respect to liability and compensation for ship-source oil pollution. On the latter date, new provisions, Part XX (later renumbered Part XV and now repealed) of the *Canada Shipping Act*, were proclaimed into force. It is not necessary to deal with those provisions in any detail other than to note that they represented an important policy depart-

pollution au moment du naufrage en 1970. Le paragraphe (10) ne vise pas une demande fondée sur des dommages par pollution, mais les «actions fondées sur la responsabilité décrite au paragraphe (1)». Le paragraphe (1) traite des demandes relatives aux dommages par pollution et aux mesures préventives. L’alinéa a) s’applique. Toutefois, même si l’alinéa b) s’appliquait, l’utilisation à deux reprises du terme «événement», dans des dispositions voisines à l’intérieur du même paragraphe (en fait, dans la même phrase) commande qu’un seul et même sens lui soit attribué. Ce terme ne peut s’entendre que d’un événement qui a causé ou qui causera vraisemblablement des dommages par pollution. Il aurait été incorrect, sur le plan de la grammaire et de la logique, de placer devant la deuxième occurrence du terme événement les mots «cet» ou «un tel», car il en aurait résulté de la confusion entre les événements qui ont causé des dommages par pollution et ceux qui étaient simplement susceptibles d’en causer.

[12] Il ne faut toutefois pas s’arrêter au sens apparent du paragraphe 677(10) proprement dit. Je retiens la prétention de la demanderesse selon laquelle les dispositions établissant un délai de prescription doivent recevoir une interprétation stricte. Je partage aussi sans réserve la réticence souvent exprimée par les tribunaux à étouffer une action avant qu’elle prenne naissance en concluant qu’elle était prescrite avant même que la cause d’action existe ou que le demandeur en prenne connaissance. Par conséquent, j’estime nécessaire d’examiner le contexte plus large de la partie XVI, d’en étudier l’historique, le contexte et le but, d’apprécier les conséquences des différentes interprétations proposées en regard de la politique qui les sous-tend et de considérer les outils d’interprétation admissibles et accessibles.

[13] Commençons par l’historique. Avant le mois de juin 1971, au Canada, comme dans la plupart des autres pays du monde, aucune disposition législative en vigueur ne régissait la responsabilité et l’indemnisation relatives à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires. Par la suite, de nouvelles dispositions formant la partie XX (devenue plus tard la partie XV et aujourd’hui abrogée) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ont été édictées. Il n’est

ture by Canada from what has been decided in the 1969 *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, November 29, 1969 [[1989] Can. T.S. No. 46] (the Civil Liability Convention) and the 1971 Fund Convention. Because of that difference in policy, Canada did not adhere to either of the Conventions and went its own way for a period of some 18 years. By the late 1980s, however, it had become apparent that the Canadian regime, despite and perhaps because of being considerably more rigorous in its requirements of both ship owners and shippers, was encountering difficulties, not the least of which was the impossibility for owners of ships and cargos of obtaining coverage in the international marine insurance market. Canada, as a maritime and trading nation, could not remain out of step with the international community. Accordingly, in 1989, it adhered to both Conventions and implemented them on April 24, 1989. Part XVI is the implementing legislation.

[14] Part XVI, however, represents more than a simple adoption by Canada of the two Conventions. The Canadian regime for civil liability and compensation, while compatible with the international regime, goes further in a number of important respects. It extends to all ships not merely tankers carrying oil in bulk (convention ships); the definition of oil is wider. Most importantly, the SOPF was established providing a second layer of back-up resource where recourse to the owners' insurers and to the IOPC Fund proved inadequate or was not available.

[15] For our purposes, the most important provisions of the two Conventions for comparison with the provisions of Part XVI are as follows:

Civil Liability Convention

ARTICLE I

For the purpose of this Convention:

pas nécessaire d'examiner ces dispositions en détail, mais soulignons que le Canada s'est ainsi écarté de façon importante, sur le plan de la politique, de la décision prise dans la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 29 novembre, 1969 [[1989] R.T. Can. n° 46] (la Convention sur la responsabilité civile) et la Convention sur le Fonds de 1971) Compte tenu de cette divergence sur le plan de la politique, le Canada n'a pas adhéré à ces conventions et a fait cavalier seul pendant environ 18 ans. À la fin des années 1980, on devait toutefois constater que le régime canadien, en dépit et peut-être en raison du fait qu'il était considérablement plus sévère quant aux exigences imposées aux propriétaires de navires et aux expéditeurs, connaissait des difficultés dont l'une, et non la moindre, était l'impossibilité pour les propriétaires des navires et des cargaisons d'obtenir une police d'assurance sur le marché de l'assurance maritime internationale. Le Canada, compte tenu de ses activités sur la scène maritime et commerciale internationale, a dû emboîter le pas. En 1989, il a donc adhéré aux deux conventions, qu'il a mises en œuvre le 24 avril 1989, en édictant la partie XVI.

[14] La partie XVI ne se limite cependant pas à la simple adoption des deux conventions par le Canada. Le régime canadien de responsabilité civile et d'indemnisation est compatible avec le régime international, mais il va plus loin à certains égards importants. Il s'applique à tous les navires, et non seulement aux navires-citernes qui transportent du pétrole en vrac (les navires soumis à l'application de la Convention); sa définition des hydrocarbures est plus large. Mais ce qui est plus important, la Caisse d'indemnisation a été constituée pour offrir une deuxième solution de rechange lorsque le recours aux assureurs des propriétaires et au Fonds international est insuffisant ou impossible.

[15] En l'espèce, les dispositions les plus importantes des Conventions, par rapport à celles de la partie XVI, sont les suivantes:

Convention sur la responsabilité civile

ARTICLE I

Au sens de la présente Convention:



...

3. "Owner" means the person or persons registered as the owner of the ship or, in the absence of registration, the person or persons owning the ship. However in the case of a ship owned by a State and operated by a company which in that State is registered as the ship's operator, "owner" shall mean such company.

...

5. "Oil" means any persistent oil such as crude oil, fuel oil, heavy diesel oil, lubricating oil and whale oil, whether carried on board a ship as cargo or in the bunkers of such a ship.

6. "Pollution damage" means loss or damage caused outside the ship carrying oil by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, and includes the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures.

7. "Preventive measures" means any reasonable measures taken by any person after an incident has occurred to prevent or minimize pollution damage.

8. "Incident" means any occurrence, or series of occurrences having the same origin, which causes pollution damage.

...

## ARTICLE III

1. Except as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article, the owner of a ship at the time of an incident, or where the incident consist of a series of occurrences at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by oil which has escaped or been discharged from the ship as a result of the incident.

2. No liability for pollution damage shall attach to the owner if he proves that the damage:

- (a) resulted from an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character, or
- (b) was wholly caused by an act or omission done with intent to cause damage by a third party, or
- (c) was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any Government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function.

[ . . . ]

3. «Propriétaire» signifie la personne ou les personnes au nom de laquelle ou desquelles le navire est immatriculé ou, à défaut d'immatriculation, la personne ou les personnes dont le navire est la propriété. Toutefois, dans le cas de navires qui sont propriété d'un État et exploités par une compagnie qui, dans cet État, est enregistrée comme étant l'exploitant des navires, l'expression "propriétaire" désigne cette compagnie.

[ . . . ]

5. «Hydrocarbures» signifie tous hydrocarbures persistants, notamment le pétrole brut, le fuel-oil, l'huile diesel lourde, l'huile de graissage et l'huile de baleine, qu'ils soient transportés à bord d'un navire en tant que cargaison ou dans les soutes de ce navire.

6. «Dommage par pollution» signifie toute perte ou tout dommage extérieur au navire transportant des hydrocarbures causé par une contamination résultant d'une fuite ou de rejet d'hydrocarbures, où que se produise cette fuite ou ce rejet, et comprend le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures.

7. «Mesures de sauvegarde» signifie toutes mesures raisonnables prises par toute personne après la survenance d'un événement pour prévenir ou limiter la pollution.

8. «Événement» signifie tout fait ou tout ensemble de faits ayant la même origine et dont résulte une pollution.

[ . . . ]

## ARTICLE III

1. Le propriétaire du navire au moment d'un événement, ou, si l'événement consiste en une succession de faits, au moment du premier fait, est responsable de tout dommage par pollution qui résulte d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de son navire à la suite de l'événement, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. Le propriétaire n'est pas responsable s'il prouve que le dommage par pollution

- a) résulte d'un acte de guerre, d'hostilités, d'une guerre civile, d'une insurrection, ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible, ou
- b) résulte en totalité du fait qu'un tiers a délibérément agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, ou
- c) résulte en totalité de la négligence ou d'une autre action préjudiciable d'un gouvernement ou autre autorité responsable de l'entretien des feux ou autres aides à la navigation dans l'exercice de cette fonction.

3. If the owner proves that the pollution damage resulted wholly or partially either from an act or omission done with intent to cause damage by the person who suffered the damage or from the negligence of that person, the owner may be exonerated wholly or partially from his liability to such person.

4. No claim for compensation for pollution damage shall be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. No claim for pollution damage under this Convention or otherwise may be made against the servants or agents of the owner.

5. Nothing in this Convention shall prejudice any right of recourse of the owner against third parties.

...

#### ARTICLE VIII

Rights of compensation under this Convention shall be extinguished unless an action is brought thereunder within three years from the date when the damage occurred. However, in no case shall an action be brought after six years from the date of the incident which caused the damage. Where this incident consists of a series of occurrences, the six years' period shall run from the date of the first such occurrence.

#### Fund Convention

##### Article 1

For the purposes of this Convention,

...

2. "Ship", "Person", "Owner", "Oil", "Pollution Damage", "Preventive Measures", "Incident" and "Organization", have the same meaning as Article I of the Liability Convention, provided however that, for the purposes of these terms, "oil" shall be confined to persistent hydrocarbon mineral oils.

...

9. For the purposes of ascertaining the date of an incident where that incident consists of a series of occurrences, the incident shall be treated as having occurred on the date of the first such occurrence.

...

##### Article 6

1. Rights to compensation under Article 4 or indemnification under Article 5 shall be extinguished unless an action

3. Si le propriétaire prouve que le dommage par pollution résulte en totalité ou en partie, soit du fait que la personne qui l'a subi a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, soit de la négligence de cette personne, le propriétaire peut être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité envers ladite personne.

4. Aucune demande de réparation de dommage par pollution ne peut être formée contre le propriétaire autrement que sur la base de la présente Convention. Aucune demande en indemnisation du chef de pollution, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre les préposés ou mandataires du propriétaire.

5. Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits de recours du propriétaire contre les tiers.

[. . .]

#### ARTICLE VIII

Les droits à indemnisation prévus par la présente Convention s'éteignent à défaut d'action en justice intentée en application des dispositions de celle-ci dans les trois ans à compter de la date où le dommage est survenu. Néanmoins, aucune action en justice ne peut être intentée après un délai de six ans, à compter de la date où s'est produit l'événement ayant occasionné le dommage. Lorsque cet événement s'est produit en plusieurs étapes, le délai de six ans court à dater de la première de ces étapes.

#### Convention sur le Fonds international

##### Article 1<sup>er</sup>

Au sens de la présente Convention,

[. . .]

2. Les termes «navire», «personne», «propriétaire», «hydrocarbures», «dommage par pollution», «mesure de sauvegarde», «événement», et «Organisation», s'interprètent conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention sur la responsabilité, étant toutefois entendu que chaque fois que ces termes se rapportent à la notion d'hydrocarbures, le terme «hydrocarbures» désigne exclusivement des hydrocarbures minéraux persistants.

[. . .]

9. Lorsqu'un événement consiste en une succession de faits, on considère qu'il est survenu à la date du premier de ces faits.

[. . .]

##### Article 6

1. Les droits à indemnisation prévus par l'article 4 et à la prise en charge financière visée à l'article 5 s'éteignent à

is brought thereunder or a notification has been made pursuant to Article 7, paragraph 6, within three years from the date when the damage occurred. However, in no case shall an action be brought after six years from the date of the incident which caused the damage.

2. Notwithstanding paragraph 1, the right of the owner or his guarantor to seek indemnification from the Fund pursuant to Article 5, paragraph 1, shall in no case be extinguished before the expiry of a period of six months as from the date on which the owner or his guarantor acquired knowledge of the bringing of an action against him under the Liability Convention.

[16] I can see nothing in these provisions which would alter the view which I have provisionally taken with regard to the correct interpretation of subsection 677(10). On the contrary, it seems to me that, to the extent that there can be said to be any ambiguity in that provision, such ambiguity is removed by a consideration of the more detailed provisions of the Conventions. In particular, a comparison of the definition of the word “incident/événement” with the term “occurrence/événement” makes it clear beyond peradventure what was intended by the latter. The same word is used in both French texts, and it is inconceivable that it was intended to give it a different meaning in English only. Furthermore, the fact that both regimes, Canadian and international, provide recourse to funds which may have to be distributed *pro rata* in the event that there is not enough to go around provides a convincing rationale for the relatively short prescriptive periods; the persons responsible for administering the two funds could not prudently make any payments to claimants if there was any possibility of further claims exceeding the amounts available for distribution; they would have to wait until such time as they could be certain that no such claims could be made.

[17] I have already looked at the immediate context of the word “occurrence” as it appears in subsection 677(10). If one looks beyond that to the general context of section 677 as a whole, the same result follows: on every occasion the only rational meaning that can be given to the word is that of an event which causes or is likely to cause pollution damage. Looking

défaut d'action en justice intentée en application des dispositions de ces articles, ou de notification faite conformément à l'article 7, paragraphe 6, dans les trois ans qui suivent la date à laquelle le dommage est survenu. Néanmoins, aucune action en justice ne peut être intentée après un délai de six ans à compter de la date à laquelle s'est produit l'événement ayant causé le dommage.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe précédent, le droit du propriétaire ou de son garant de présenter au Fonds une demande de prise en charge financière conformément à l'article 5, paragraphe 1, ne s'éteint en aucun cas avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle le propriétaire ou son garant a eu connaissance d'une action formée contre lui en vertu de la Convention sur la responsabilité.

[16] Ces dispositions ne contiennent aucun élément susceptible de modifier mon opinion provisoire sur l'interprétation juste du paragraphe 677(10). Au contraire, il me semble, dans la mesure où cette disposition pourrait être considérée comme ambiguë, l'examen des dispositions plus détaillées des conventions lève cette ambiguïté. En particulier, une comparaison de la définition du terme «incident/événement» avec le terme «occurrence/événement» révèle clairement au-delà de tout doute le sens de ce dernier terme. Le même terme est utilisé dans la version française des deux textes, et il est inconcevable qu'on ait voulu lui donner un sens différent en anglais seulement. De plus, le fait que les deux régimes, soit le régime international et le régime canadien, prévoient le recours à des fonds qui risquent de devoir être distribués proportionnellement en cas d'insuffisance offre une explication convaincante aux délais de prescription relativement courts; il serait imprudent pour les personnes responsables de l'administration des deux fonds d'effectuer des paiements si de nouvelles demandes excédant les montants disponibles pouvaient être faites; elles devraient attendre d'avoir la certitude qu'aucune demande de ce type ne pourra être faite.

[17] J'ai déjà examiné le contexte immédiat du terme «événement» figurant au paragraphe 677(10). Si l'on étend notre examen au contexte général de l'article 677 dans son ensemble, on obtient le même résultat: dans chaque cas, la seule signification rationnelle qui peut être attribuée à ce terme est celle d'un événement qui cause ou qui pourrait vraisemblable-

beyond section 677 to the whole of Part XVI also does not give any different result: counsel for the SOPF say that they have found 27 uses of the word and each one (with the possible exception of subsection 710(5) where the word appears to be misused) can only bear the meaning suggested by the defendants.

[18] As to the consequences of the rival proposed interpretations, it is, of course, the case that the reading urged by the defendants would result in the plaintiff's action being time-barred even before it had arisen, but there are a number of considerations which need to be noted. In the first place, the plaintiff's right of action is itself wholly statutory so that the presumption against statutory limitation periods is somewhat less persuasive. Second, it is significant that the plaintiff did not even have a statutory right of action at the time of the sinking of the *Irving Whale*; that right only came into being some 10 months later with the coming into force of Part XX. Thirdly, since Part XX was repealed, as of April 24, 1989, (a fact of which this of all plaintiffs was surely aware) the plaintiff's right of action thereunder disappeared without being exercised and was replaced by a right of action under Part XVI. Finally, even if we were to assume that all prescriptive periods under Part XVI would toll only from and after the time of its coming into force (a proposition for which I can see no warrant in the statute), the plaintiff's action would still have been prescribed since it was not launched until more than 8 years after the coming into force date. To put the matter bluntly, it is difficult to see how the plaintiff can invoke the equities of the situation when all that it has lost is a right of action which it did not have at the time the sinking occurred, which it did not attempt to exercise while Part XX was in force, and which it has not exercised under Part XVI until long after the expiry of the period prescribed.

[19] Looked at from the other side, the consequences of accepting the plaintiff's suggestion that the time should start to run from the date that the Minister had

ment causer des dommages par pollution. Et si l'on examine, au-delà de l'article 677, l'ensemble de la partie XVI, le résultat obtenu ne diffère guère: les avocats de la Caisse d'indemnisation disent avoir trouvé 27 utilisations de ce terme et, dans tous les cas (à l'exception peut-être du paragraphe 710(5) dans lequel ce terme paraît avoir été utilisé à tort), il a nécessairement le sens proposé par les défendeurs.

[18] Quant aux conséquences des interprétations contraires proposées, il est vrai que le sens prôné par les défendeurs aurait pour effet de rendre l'action de la demanderesse irrecevable avant même qu'elle ait pris naissance, mais certains éléments doivent être soulignés. Premièrement, le droit d'action de la demanderesse est lui-même d'origine purement législative, de sorte que la présomption défavorable à l'application des délais de prescription fixés par une loi a moins de poids. Deuxièmement, le fait que la demanderesse n'avait même pas de droit d'action d'origine législative au moment du naufrage du *Irving Whale* a de l'importance; ce droit d'action n'a pris naissance qu'environ dix mois plus tard, au moment de l'entrée en vigueur de la partie XX. Troisièmement, la partie XX ayant été abrogée le 24 avril 1989 (fait dont la demanderesse avait sûrement connaissance), le droit d'action qu'elle conférait à la demanderesse s'est éteint avant d'avoir été exercé et il a été remplacé par le droit d'action prévu par la partie XVI. Enfin, même en supposant que tous les délais de prescription fixés par la partie XVI aient commencé à courir uniquement au moment de son entrée en vigueur (thèse que la loi ne justifie pas, à mon avis), l'action de la demanderesse serait quand même prescrite, puisqu'elle a été introduite plus de huit ans après sa promulgation. À proprement parler, il est difficile de concevoir comment la demanderesse peut invoquer ses droits en *equity* alors qu'elle n'a rien perdu d'autre qu'un droit d'action qu'elle n'avait pas au moment du naufrage, qu'elle n'a pas tenté d'exercer au moment où la partie XX était en vigueur et qu'elle n'a exercé sous le régime de la partie XVI que longtemps après l'expiration du délai imparti.

[19] Du point de vue inverse, l'acceptation de la thèse de la demanderesse, selon laquelle le délai devrait commencer à courir à la date à laquelle le

or should have had reasonable grounds to believe that the wreck was likely to cause pollution damage would be strange indeed. One of the purposes of any limitation period is to bring some certainty to the law and this is especially the case where, as here, *pro rata* payments out of the two funds would depend upon the persons responsible for the administration of those funds knowing that the list of claimants was closed. The plaintiff's interpretation would result in it being possible to file claims for the cost and expenses of preventive measures at virtually any time, years, decades or even centuries after the maritime incident which had created the risk of pollution damage in the first place. The impact of such an interpretation on the ability of ship owners to obtain coverage in the international marine insurance market should also not be underestimated and it will be recalled that this very difficulty was one of the root causes behind Canada's decision to abandon the earlier regime of liability and compensation contained in Part XX.

[20] I conclude, therefore, that when it is viewed in the light of the broader context which I have mentioned, bearing in mind Canada's international obligations under the Civil Liability Convention and the Fund Convention and the broad policy choices underlying the enactment of Part XVI and the repeal of the former Part XX, the wording of subsection 677(10) imposes a finding that the claim is time-barred.

[21] However, even if I were to accept, which I do not, the plaintiff's position in law, I am quite satisfied that the evidence available to me on this motion is sufficient to enable me to make a finding of fact that the Minister had reasonable grounds for believing that pollution damage was likely from the barge long before December 1992 when he received the expert report which he now relies upon. The evidence is quite clear that from immediately after the sinking in 1970 it was known that sooner or later there would be a discharge of oil which would be likely to cause

ministre a eu ou aurait dû avoir des motifs raisonnables de croire que l'épave pouvait vraisemblablement causer des dommages par pollution, aurait des conséquences réellement incongrues. L'un des buts de l'établissement d'un délai de prescription consiste à conférer une certaine certitude au droit et cela vaut tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce, les personnes responsables de deux fonds doivent avoir l'assurance que la liste des créanciers est définitivement arrêtée avant de prélever des paiements proportionnels sur chaque fonds. Si l'interprétation de la demanderesse était retenue, il serait possible de présenter des demandes en recouvrement des frais et dépenses imputables à des mesures préventives pratiquement n'importe quand, des années, des décennies, voire des siècles après l'incident maritime à l'origine du risque de dommages par pollution. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'impact de cette interprétation sur la capacité des propriétaires de navires d'obtenir une police d'assurance sur le marché de l'assurance maritime internationale et rappelons que ce problème est précisément l'une des raisons fondamentales pour lesquelles le Canada a décidé d'abandonner son régime antérieur de responsabilité et d'indemnisation établi par la partie XX.

[20] Je conclus donc que, si on l'interprète en tenant compte du contexte plus large que j'ai mentionné, sans oublier les obligations internationales assumées par le Canada en vertu de la Convention sur la responsabilité civile et de la Convention sur le Fonds, ni les choix de politique qui sous-tendent l'édiction de la partie XVI et l'abrogation de l'ancienne partie XX, le libellé du paragraphe 677(10) mène inévitablement à la conclusion que la demande est prescrite.

[21] Toutefois, même si je retenais les prétentions de la demanderesse quant au droit, ce qui n'est pas le cas, je suis convaincu que la preuve produite relativement à la requête est suffisante pour me permettre de conclure, quant aux faits, que le ministre a eu des motifs raisonnables de croire que la barge pouvait vraisemblablement causer des dommages par pollution bien avant le mois de décembre 1992, lorsqu'il a reçu le rapport d'expert sur lequel il s'appuie aujourd'hui. La preuve établit très clairement qu'immédiatement après le naufrage en 1970, on savait que des hydrocar-

pollution damage. The two principal unknowns were the timing of the ultimate break-up of the barge due to corrosion and deterioration and the extent of the damage which would be caused by the released oil.<sup>3</sup> The decision to leave the barge where she lay was purely a judgment call based upon an assessment that the short-term dangers of attempting to raise her probably outweighed the long-term danger of leaving her there. Reasonable grounds for belief, however, imply an objective standard based on objectively verifiable facts, and while the Minister's assessment of the risk involved may have changed between 1970 and 1992, the facts leading to that assessment did not. Indeed, as the evidence demonstrates, the Minister did take some preventive measures during the intervening years both by the constant monitoring of the vessel and by the blocking-up of vent pipes and other apertures through which oil was escaping. If there was to be a separate prescriptive period for each separate preventive measure which the Minister, in his sole discretion decides to take, there would, in fact, be no limitation period at all except one that was wholly dependent upon the Minister's will. That cannot be the law. The proper application of the discoverability principle in this case calls for time to start running from the moment that the government acquired the knowledge that the wreck was lying on the seabed and had discharged, was discharging and was likely to discharge oil. That was in 1970.

Is the defendant, J.D. Irving Ltd. relieved from tort liability?

[22] For convenience, I reproduce again, section 681 of the *Canada Shipping Act*:

**681.** (1) The owner of a Convention ship is not liable for the matters referred to in subsection 677(1) otherwise than as provided by this Part.

(2) No servant or agent of the owner of a Convention ship nor any person performing salvage operations with the agreement of the owner shall be liable for the matters

bures seraient rejetés tôt ou tard et que ce rejet pourrait vraisemblablement causer des dommages par pollution. Les deux principales inconnues étaient le moment où la barge se romprait en raison de la corrosion et de sa détérioration et l'étendue des dommages qui seraient causés par le rejet des hydrocarbures<sup>3</sup>. La décision de laisser la barge là où elle avait coulé tenait uniquement à un jugement fondé sur une évaluation selon laquelle il était plus dangereux à court terme de tenter de la renflouer que de la laisser là où elle était, à long terme. L'existence de motifs raisonnables suppose toutefois l'application d'une norme objective fondée sur des faits vérifiables objectivement et, bien que l'évaluation du risque par le ministre ait pu changer entre 1970 et 1992, les faits à l'origine de cette évaluation n'ont pas changé. En fait, comme le démontre la preuve, le ministre a pris certaines mesures préventives au cours de ces années, en surveillant constamment le navire et en bloquant les tuyaux de mise à l'air libre et d'autres ouvertures par lesquelles des hydrocarbures étaient rejetés. Si un délai de prescription différent devait s'appliquer à chaque mesure préventive que le ministre décide de prendre, à son entière discrétion, il n'existerait de fait absolument aucun délai de prescription hormis celui qui dépendrait entièrement de la volonté du ministre. Le droit ne saurait admettre pareille solution. La bonne application du principe de la possibilité de découverte des dommages commande en l'espèce que le délai commence à courir au moment où le gouvernement a pris connaissance du fait que l'épave gisait au fond de la mer et que des hydrocarbures s'en étaient écoulés, s'en écoulaient encore et continueraient probablement de s'en écouler. Ce moment se situe en 1970.

La défenderesse J.D. Irving Ltd. est-elle dégagée de toute responsabilité délictuelle?

[22] Par souci de commodité, je reproduis à nouveau l'article 681 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*:

**681.** (1) La responsabilité du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention quant aux questions mentionnées au paragraphe 677(1) est limitée à celle que prévoit la présente partie.

(2) Ne peut être engagée la responsabilité des préposés ou mandataires du propriétaire d'un navire soumis à l'application de la Convention, ou celle des personnes effectuant des

referred to in subsection 677(1).

[23] There can be no doubt that at the time of her sinking the *Irving Whale* was a “Convention ship” within the meaning of that term as it is defined in section 673, and that the “owner” thereof, as that term is also defined, was the defendant J.D. Irving Ltd. Based on the clear text and on these two facts, this defendant asks to have the action against it dismissed in so far as it sounds in tort as well as in statute.

[24] There is doubt, however on the material before me as to whether the *Irving Whale* continues to be a “Convention ship” and whether the defendant J.D. Irving Ltd. can continue to benefit from the provisions of section 681. In the first place, the defendant suggests that it abandoned ownership after the sinking. There is no evidence as to when or how such abandonment took place and it is, of course, clear that, if there was an abandonment, that could not have any direct effect upon the defendant’s liability in tort: one can abandon rights but not liabilities. What is not clear at all, however, is how the defendant can claim the benefit of section 681, which inures specifically to an “owner”, and at the same time assert that it has ceased to be an owner. Even more problematical, however, is the evidence as to whether and when the *Irving Whale* ceased to be a “Convention ship” within the meaning of Part XVI. The certificate of registry contains the following endorsement “Registry closed this 15<sup>th</sup> day of October, 1970, except so far as relates to mortgages B and C”. If this means that in fact the vessel ceased to be registered on October 15, 1970, she would also, at that time, have ceased to have the status of a “Convention ship” and her owner J.D. Irving Ltd. would no longer have the protection of section 681.

[25] The torts of negligence and nuisance alleged against the defendants may both be of a continuing

opérations de sauvetage avec le consentement du propriétaire, eu égard aux questions mentionnées au paragraphe 677(1).

[23] Il ne fait aucun doute qu’au moment du naufrage, le *Irving Whale* était un «navire soumis à l’application de la Convention» au sens des définitions énoncées à l’article 673, et que son «propriétaire», toujours au sens de ces définitions, était la défenderesse J.D. Irving Ltd. Compte tenu du texte sans équivoque et de ces deux faits, cette défenderesse demande le rejet de l’action dirigée contre elle, tant en ce qui concerne les moyens d’origine législative que ceux qui procèdent du droit de la responsabilité délictuelle.

[24] Si je me reporte aux éléments qui m’ont été soumis, il subsiste toutefois un doute quant à la question de savoir si le *Irving Whale* demeure un «navire soumis à l’application de la Convention» et si la défenderesse J.D. Irving Ltd. peut continuer de se prévaloir de l’article 681. Premièrement, la défenderesse laisse entendre qu’elle a abandonné le navire après son naufrage. Aucun élément de preuve n’indique quand et comment cet abandon serait survenu et il est évidemment clair que, le cas échéant, l’abandon ne pouvait avoir d’effet direct sur la responsabilité délictuelle de la défenderesse: on peut renoncer à ses droits, mais on ne peut renoncer à ses obligations. La question de savoir comment la défenderesse peut se prévaloir de l’article 681, édicté expressément en faveur du «propriétaire», tout en affirmant ne plus avoir cette qualité n’est cependant pas claire. Un autre aspect est encore plus problématique, soit celui de la preuve établissant si le *Irving Whale* a cessé d’être un «navire soumis à l’application de la Convention» au sens de la partie XVI et, le cas échéant, à quel moment. La mention suivante figure sur le certificat d’immatriculation: [TRADUCTION] «Clôture de l’immatriculation le 15 octobre 1970, sauf en ce qui concerne les hypothèques B et C». Si cela signifie que le navire n’était plus immatriculé à compter du 15 octobre 1970, il a également perdu sa qualité de «navire soumis à l’application de la Convention» ce jour-là et son propriétaire, J.D. Irving Ltd., ne pouvait plus se prévaloir de l’article 681.

[25] Les délits de négligence et de nuisance allégués contre les défenderesses peuvent tous les deux être de

nature. Negligent acts of omission and conditions which create a nuisance may both persist over long periods of time. There is a complete absence of evidence on the alleged torts and precisely when they might have occurred.

[26] Accordingly, in the present state of this record, I am not in a position to find the necessary facts which would allow me to release the defendant J.D. Irving Ltd. from any claim for liability in tort which is outside the scope of subsection 677(1).

Liability of the defendants other than J.D. Irving Ltd under Part XVI

[27] In view of my finding that the action under Part XVI is, in any event, time-barred, it is not strictly necessary that I should deal with the question of the liability of these defendants. However, should it be determined that I am wrong in my conclusion on the matter of prescription, and since I am able to make the necessary findings of fact, I shall do so.

[28] Liability under Part XVI is limited to the owner of a vessel. While the term "owner" in the case of non-Convention ships is broadly defined and would include a charterer, the evidence produced in this case establishes that the bare-boat charter to Atlantic Towing Ltd. terminated without notice in accordance with its conditions upon the sinking of the vessel. Plaintiff has not been able to challenge this evidence nor to bring any other evidence to show that any defendants other than J.D. Irving Ltd. could have been owner of the barge. The Part XVI action should, accordingly, also be dismissed against them on this basis.

THE MOTION OF THE SOPF

Does Part XVI have retroactive effect?

[29] Although counsel for the SOPF originally took the position that notwithstanding the apparently clear

nature continue. Les omissions commises par négligence et les conditions constitutives d'une nuisance peuvent durer très longtemps. Or, absolument aucune preuve n'établit les délits allégués et le moment précis où ils se seraient produits.

[26] Par conséquent, dans l'état actuel du dossier, je ne suis pas en mesure de tirer des conclusions sur les faits essentiels qui me permettraient de dégager la défenderesse J.D. Irving Ltd. de toute demande fondée sur sa responsabilité délictuelle non visée par le paragraphe 677(1).

La responsabilité des défendeurs autres que J.D. Irving Ltd en vertu de la partie XVI

[27] Compte tenu de ma conclusion portant que l'action introduite sous le régime de la partie XVI est de toute façon prescrite, je ne suis pas vraiment tenu de trancher la question de la responsabilité de ces défendeurs. Toutefois, au cas où il serait décidé que ma conclusion concernant la prescription est erronée, et comme je suis en mesure de tirer les conclusions de fait requises, je me prononcerai.

[28] La responsabilité prévue par la partie XVI se limite au propriétaire du navire. Bien que la portée de la définition du terme «propriétaire» soit étendue dans le cas d'un «navire soumis à la Convention» et qu'elle englobe l'affréteur, la preuve produite en l'espèce établit que l'affrètement coque-nue en faveur de la société Atlantic Towing Ltd. a pris fin sans préavis par application de ses propres modalités lorsque le navire a sombré. La demanderesse n'a pas pu contester cette preuve, ni produire d'autres éléments pour démontrer que des défendeurs autres que J.D. Irving Ltd. pouvaient être propriétaires de la barge. Par conséquent, l'action introduite sous le régime de la partie XVI doit également être rejetée contre eux pour ce motif.

LA REQUÊTE DE LA CAISSE  
D'INDEMNISATION

La partie XVI a-t-elle un effet rétroactif?

[29] Bien que l'avocat de la Caisse d'indemnisation ait prétendu à l'origine que, malgré les termes appa-



terms of section 88 of the implementing statute, Part XVI did not have a retroactive effect, he conceded at the hearing that it did have “limited” retroactivity at least to the extent of the statutory limitation periods. In my view, subsection 88(1) does indeed clearly manifest a Parliamentary intent that Part XVI should apply to claims for expenses incurred after the date of its coming into force “regardless of the time of the occurrence that gave rise to the damage, loss, costs or expenses”. Taken in their context, those words can only mean that an event (occurrence) which took place prior to April 24, 1989, when Part XVI was not in force may nonetheless produce legal effects and give rise to a claim thereunder after such time. Since the claim against the SOPF arises entirely under the statute and is not dependent upon any external factor such as a treaty, the provision must be given its full force and effect; the presumption against retroactivity is displaced.

Is the claim against the SOPF time-barred?

[30] The limitation period for claims against the SOPF is found in subsection 710(1) of Part XVI. Apart from the time periods involved (two and five years instead of three and six), the relevant words are identical in every respect to the corresponding words in subsection 677(10). I have already found that the latter provision results in the claim against the defendants being time-barred and the same result must inevitably flow for the claim against the SOPF.

THE MOTION OF THE IOPC FUND

Whether the IOPC Fund is liable for events occurring prior to the effective date of the Fund Convention

[31] At the hearing of the motion for summary judgment, counsel for the plaintiff conceded in argument that the IOPC Fund could not be liable. It is

remment clairs de l’article 88 de la loi de mise en œuvre, la partie XVI n’avait pas d’effet rétroactif, il a concédé à l’audience qu’elle avait effectivement un effet rétroactif «limité», à tout le moins dans la mesure des délais de prescription. Selon moi, le paragraphe 88(1) exprime de fait clairement l’intention du législateur que la partie XVI s’applique aux demandes en recouvrement des dépenses engagées après la date de son entrée en vigueur «indépendamment de la date de survenance de l’événement qui leur a donné lieu». Lus dans leur contexte, ces mots signifient nécessairement qu’un événement qui est survenu avant le 24 avril 1989, lorsque la partie XVI n’était pas encore en vigueur, peut quand même produire des effets juridiques et donner lieu à une demande en vertu de cette partie après cette date. Étant donné que la réclamation dirigée contre la Caisse d’indemnisation tire son origine de la loi et ne dépend d’aucun facteur extérieur, tel un traité, cette disposition doit s’appliquer pleinement; la présomption d’absence d’effet rétroactif est réfutée.

La demande dirigée contre la Caisse d’indemnisation est-elle prescrite?

[30] Le délai de prescription applicable aux demandes dirigées contre la Caisse d’indemnisation est fixé par le paragraphe 710(1) de la partie XVI. Hormis la durée des délais en cause (de deux et cinq ans plutôt que de trois et six ans), le libellé de la disposition pertinente est identique à tous égards au libellé du paragraphe 677(10). J’ai déjà conclu que la demande dirigée contre les défendeurs était prescrite par application de cette dernière disposition et le même résultat est inévitable en ce qui a trait à la demande dirigée contre la Caisse d’indemnisation.

LA REQUÊTE PRÉSENTÉE PAR LE FONDS INTERNATIONAL

La responsabilité éventuelle du Fonds international relativement aux événements survenus avant l’entrée en vigueur de la Convention sur le Fonds

[31] À l’audition de la requête sollicitant un jugement sommaire, l’avocat de la demanderesse a admis dans sa plaidoirie que la responsabilité du Fonds

clear from the terms of section 699 that the liability of the IOPC Fund under Part XVI is contingent upon its being liable under the Fund Convention. The Fund Convention came into effect on October 16, 1978 and was acceded to by Canada more than 10 years later. Article 40 of the Fund Convention reads as follows:

Article 40

1. This Convention shall enter into force on the ninetieth day following the date on which the following requirements are fulfilled:

- (a) at least eight states have deposited instruments of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the Organization, and
- (b) the Secretary-General of the Organization has received information in accordance with Article 39 that those persons in such states who would be liable to contribute pursuant to Article 10 have received during the preceding calendar year a total quantity of at least 750 million tons of contributing oil.

2. This Convention shall, however, not enter into force before the Liability Convention has entered into force.

3. For each state which subsequently ratifies, accepts, approves or accedes to it, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit by such state of the appropriate instrument. [Emphasis added.]

[32] There is no indication anywhere in the Fund Convention that it is intended to have retroactive effect. The presumption against retroactivity must therefore receive full application. Accordingly, the concession made by counsel for plaintiff, although late in the day, accurately reflected the law.

Is the claim against the IOPC Fund time-barred?

[33] Although it is not strictly necessary to decide this question, the terms of the Fund Convention reproduced above in the discussion of the correct interpretation of subsection 677(10) admit of no ambiguity. The claim is time-barred under the Convention.

international n'était pas engagée. Il ressort clairement du libellé de l'article 699 que la responsabilité du Fonds international sous le régime de la partie XVI est liée à sa responsabilité en vertu de la Convention sur le Fonds. La Convention sur le Fonds est entrée en vigueur le 16 octobre 1978 et le Canada y a adhéré plus de 10 ans plus tard. Voici l'article 40 de la Convention sur le Fonds:

Article 40

1. La présente Convention entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour après la date à laquelle les conditions suivantes sont remplies:

- a) Au moins huit États ont déposé un instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation, et
- b) Le Secrétaire général de l'Organisation a été informé conformément à l'article 39, que les personnes qui seraient tenues, dans ces États, de contribuer au Fonds en application de l'article 10, ont reçu, au cours de l'année civile précédente, au moins 750 millions de tonnes d'hydrocarbures donnant lieu à contribution.

2. Toutefois, la présente Convention ne peut entrer en vigueur avant l'entrée en vigueur de la Convention sur la responsabilité.

3. Pour chacun des États qui ratifient, acceptent, approuvent la Convention ou y adhèrent ultérieurement, elle entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour après le dépôt par cet État de l'instrument approprié. [Soulignement ajouté.]

[32] Rien n'indique dans la Convention sur le Fonds qu'elle doit avoir un effet rétroactif. La présomption d'absence d'effet rétroactif doit donc s'appliquer pleinement. En conséquence, l'aveu fait par l'avocat de la demanderesse, bien que tardif, est conforme à l'état du droit.

La demande dirigée contre le Fonds international est-elle prescrite?

[33] Bien qu'il ne soit pas vraiment nécessaire de trancher cette question, le libellé de la Convention sur le Fonds reproduit plus haut dans le cadre de l'examen de l'interprétation juste du paragraphe 677(10) est sans équivoque. Cette demande est prescrite par application de la Convention.

DISPOSITION

[34] An order will go:

(a) dismissing the action against the defendants in so far as it is based on Part XVI of the *Canada Shipping Act*; in so far as the action is based on alleged torts, it will continue against all defendants;

(b) dismissing the claim against the defendant by statute SOPF, allowing the latter's counterclaim and declaring that claims against the SOPF arising out of the sinking of the *Irving Whale* are time-barred;

(c) dismissing the claim against the defendant by statute IOPC Fund and declaring that the Fund has no liability to the plaintiff arising out of the sinking of the *Irving Whale*.

COSTS

[35] Since the action against all the defendants is to continue, the latter's entitlement to the costs of this motion will arise only at the end of the day. I will, however, assess such costs in the amount of \$4,000 together with allowable disbursements.

[36] The SOPF, on the other hand, finds itself taken out of the action altogether; the claim against it is dismissed, the counterclaim is allowed and a declaration is given in its favour. It is entitled to the costs of an action (one set of costs only). I assess those costs at the amount of \$10,000 plus allowable disbursements.

[37] Finally, with regard to the IOPC Fund, it is now clear that the plaintiff never had any rights against the Fund and should not have notified the Fund of this action. The plaintiff had ample opportunity to reflect upon the Fund's position, which was made known to it early, but persisted in keeping the Fund as a potential resource against which it could claim. The Fund's

DISPOSITIF

[34] Une ordonnance sera prononcée afin de:

a) rejeter l'action dirigée contre les défendeurs dans la mesure où elle est fondée sur la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; l'action dirigée contre tous les défendeurs suivra son cours en ce qui a trait aux moyens fondés sur le droit de la responsabilité délictuelle;

b) rejeter la demande dirigée contre la Caisse d'indemnisation, défenderesse par application de la loi, accueillir la demande reconventionnelle formulée par cette dernière et déclarer que les demandes dirigées contre la Caisse d'indemnisation relativement au naufrage du *Irving Whale* sont prescrites;

c) rejeter la demande dirigée contre le Fonds international, défendeur par application de la loi, et déclarer que le Fonds n'a aucune obligation envers la demanderesse relativement au naufrage du *Irving Whale*.

LES DÉPENS

[35] Comme l'action contre tous les défendeurs se poursuivra, ceux-ci n'auront droit aux dépens relatifs à la présente requête qu'à la fin de l'instance. Je taxerai néanmoins ces dépens au montant de 4 000 \$, plus les débours admissibles.

[36] La Caisse d'indemnisation est pour sa part entièrement libérée de l'action; la demande dirigée contre elle est rejetée, sa demande reconventionnelle est accueillie et un jugement déclaratoire est rendu en sa faveur. Elle a droit à ses dépens relativement à l'action (un seul mémoire de dépens). Je taxe ces dépens au montant de 10 000 \$, plus les débours admissibles.

[37] Enfin, en ce qui concerne le Fonds international, il est maintenant clair que la demanderesse n'a jamais eu de droits opposables au Fonds et qu'elle n'aurait pas dû donner avis de l'action au Fonds. La demanderesse a eu amplement l'occasion de réfléchir aux arguments du Fonds, qui lui ont été communiqués dès le début, mais elle a persisté à garder le Fonds

motion for summary judgment should never have been necessary and certainly should never have been opposed. In my view, a higher than usual award of costs to the Fund is justified and I assess such costs in the amount of \$17,500 plus allowable disbursements.

---

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. s-9 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 87].

<sup>2</sup> R.S.C., 1985 (3rd Supp), c. 6.

<sup>3</sup> See cross-examination of Hamilton, questions 34 to 38.

engagé dans le litige pour faire valoir éventuellement une demande contre lui. La présentation d'une requête par le Fonds en vue d'obtenir un jugement sommaire n'aurait jamais dû être nécessaire et n'aurait certainement jamais dû être contestée. Selon moi, il convient d'accorder au Fonds des dépens plus élevés que dans les cas habituels. Je taxe donc ces dépens au montant de 17 500 \$, plus les débours admissibles.

---

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. S-9 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 84].

<sup>2</sup> L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6.

<sup>3</sup> Voir les questions 34 à 38 du contre-interrogatoire de Hamilton.

T-912-98

**Desjardins, Ducharme, Stein, Monast, Law Partnership** (*Applicant*)

v.

**Department of Finance of Canada** (*Respondent*)**INDEXED AS: DESJARDINS, DUCHARME, STEIN, MONAST v. CANADA (DEPARTMENT OF FINANCE) (T.D.)**

Trial Division, Nadon J.—Ottawa, November 16; Montréal, November 20, 1998.

*Access to information — Applicant challenging decision authorizing disclosure of certificates confirming fee accounts of amicus curiae appointed by S.C.C. for hearing of Reference re Secession of Quebec — Request for information made by intervener under Access to Information Act — Relationship between amicus curiae, S.C.C. not solicitor-client relationship under Act, s. 23 — Only particulars of amicus curiae's professional services considered confidential, would not be disclosed — Certificates records under control of government institution (Department of Finance) — Mere physical possession of records by respondent sufficient, under Act, s. 4(1), to require disclosure of requested information — Payment of amicus curiae's fees matter for respondent, not S.C.C. — Upon application for review, Court's function to consider matter de novo — Government institution may fully participate in argument regarding disclosure, non-disclosure of requested information under Act, ss. 44, 48.*

*Barristers and Solicitors — Quebec lawyer appointed amicus curiae by S.C.C. under Supreme Court Act, s. 53(7) to assist Court in responding to questions asked of it in Reference case — For sake of confidentiality must submit fee, disbursement accounts to third party for review, certification — Access to information coordinator for respondent authorizing disclosure of certificates confirming amicus curiae's fee accounts — Relationship between amicus curiae, S.C.C. not solicitor-client relationship — Only particulars of amicus curiae's professional services considered to be subject to privilege.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4(1), 20, 23, 44, 48.

T-912-98

**Desjardins, Ducharme, Stein, Monast, société d'avocats en nom collectif** (*demanderesse*)

c.

**Ministère des Finances du Canada** (*défendeur*)**RÉPERTORIÉ: DESJARDINS, DUCHARME, STEIN, MONAST c. CANADA (MINISTÈRE DES FINANCES) (I<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Nadon—Ottawa, 16 novembre; Montréal, 20 novembre 1998.

*Accès à l'information — La demanderesse a contesté la décision permettant la divulgation d'attestations de conformité de comptes d'honoraires de l'amicus curiae désigné par la C.S.C. aux fins de l'audition du Renvoi relatif à la sécession du Québec — Demande de renseignements faite par un intervenant en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — La relation entre l'amicus curiae et la C.S.C. n'est pas une relation client-avocat au sens de l'art. 23 de la Loi — Seul le détail des actes professionnels de l'amicus curiae est considéré de nature confidentielle et ne doit pas être divulgué — Les certificats d'attestation sont des documents qui relèvent d'une institution fédérale (ministère des Finances) — La simple possession matérielle des documents par le défendeur est suffisante, aux termes de l'art. 4(1) de la Loi, pour l'obliger à divulguer les renseignements demandés — Le paiement des honoraires de l'amicus curiae était du ressort du défendeur et non de celui de la C.S.C. — Lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à examiner l'affaire de nouveau — L'institution fédérale peut participer pleinement aux débats relatifs à la divulgation ou à la non-divulgation de l'information demandée en vertu des art. 44 et 48 de la Loi.*

*Avocats — Un avocat du Québec a été désigné amicus curiae par la C.S.C. en vertu de l'art. 53(7) de la Loi sur la Cour suprême pour aider la Cour à répondre aux questions qui lui ont été soumises dans l'affaire du Renvoi — Pour fins de confidentialité, il devait soumettre à un tiers ses comptes d'honoraires et de déboursés pour analyse et certification — Le coordonnateur de l'accès à l'information du défendeur a permis la divulgation d'attestations de conformité des comptes d'honoraires de l'amicus curiae — La relation entre l'amicus curiae et la C.S.C. n'est pas une relation client-avocat — Seul le détail des actes professionnels de l'amicus curiae est considéré comme étant protégé par le secret professionnel.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann.

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53(7).

VII, item 1), 20, 23, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45; ann. III, item 1), 48.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53(7).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Reference re Secession of Quebec*, [1998] S.C.J. No. 61 (QL).

APPLICATION for judicial review of respondent's decision authorizing the disclosure of certificates confirming the fee accounts of the *amicus curiae* appointed by the Supreme Court of Canada for the hearing of the *Reference re Secession of Quebec*. MOTION to strike out respondent's memorandum of fact and law. Application dismissed; motion dismissed.

##### APPEARANCES:

*Marcel Morin and Martin Bédard* for applicant.

*René LeBlanc* for respondent.

*Richard G. Dearden and Scott Little* for intervener.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Morin, Lemieux & Associés*, Montmagny, Quebec, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for intervener.

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

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1<sup>re</sup> inst.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. n° 61 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du défendeur d'autoriser la divulgation d'attestations de conformité des comptes d'honoraires de l'*amicus curiae* désigné par la Cour suprême du Canada aux fins de l'audition du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. REQUÊTE en irrecevabilité du mémoire des faits et du droit du défendeur. Demande rejetée; requête rejetée.

##### ONT COMPARU:

*Marcel Morin et Martin Bédard* pour la demanderesse.

*René LeBlanc* pour le défendeur.

*Richard G. Dearden et Scott Little* pour l'intervenant.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Morin, Lemieux & Associés*, Montmagny (Québec), pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'intervenant.

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

[1] NADON J.: The applicant challenges the decision of Donald Forgues, access to information coordinator for the respondent Department of Finance of Canada, dated April 8, 1998.

[2] In his decision in response to a request for information made by the intervener, Mr. Bindman, under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, the coordinator authorized the disclosure of records filed with the respondent by the applicant, including certificates confirming the fee accounts of André Joli-Coeur, the *amicus curiae* appointed by the Supreme Court of Canada (the Supreme Court) for the hearing of the *Reference re Secession of Quebec* [[1998] S.C.J. No. 61 (QL)] (the *Reference*).

[3] The grounds for the challenge, as set out in the applicant's application for review, are the following:

[TRANSLATION]

3. The grounds against disclosing the records, given in the letter of March 20, 1998, are the following:

- the records to which access is requested pertain to a matter that comes exclusively under the *Supreme Court Act* and, consequently, the jurisdiction of the Supreme Court of Canada;
- the records have to do with a specific *amicus curiae* mandate from the Supreme Court of Canada to André Joli-Coeur on July 14, 1997, under section 253(7) [*sic*] of the *Supreme Court Act*;
- under this section, the Department of Finance is merely an agent of the Supreme Court for the payment of André Joli-Coeur's fees;
- our firm merely acted as counsel to André Joli-Coeur to verify the accounts submitted in connection with his *amicus curiae* mandate;
- under the *amicus curiae* mandate, André Joli-Coeur has no professional relationship with any organization other than the Supreme Court of Canada;
- the Supreme Court of Canada is not a government institution listed in Schedule I to the *Access to Information Act*, and records under the sole control of the Supreme Court of Canada are not subject to section 4(1) of the Act;
- access to these records must be refused;

[1] LE JUGE NADON: La demanderesse conteste la décision de Donald Forgues, coordonnateur de l'accès à l'information pour le défendeur le ministère des Finances du Canada, rendue le 8 avril 1998.

[2] Par sa décision, le coordonnateur permettait la divulgation, suite à une demande de renseignements faite par l'intervenant Bindman aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, de documents déposés auprès du défendeur par la demanderesse, notamment des attestations de conformité de comptes d'honoraires de M<sup>e</sup> André Joli-Coeur, l'*amicus curiae* désigné par la Cour suprême du Canada (la Cour suprême) aux fins de l'audition du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [[1998] A.C.S. n<sup>o</sup> 61 (QL)] (le *Renvoi*).

[3] Les motifs de la contestation, tels qu'ils sont énoncés dans la demande de révision de la demanderesse, sont les suivants:

3. Les motifs invoqués au soutien du refus de divulguer les documents, indiqués à la lettre du 20 mars 1998, sont les suivants:

- les documents auxquels on demande accès sont des documents relatifs à une affaire relevant exclusivement de la *Loi sur la Cour suprême* et en conséquence de la Cour Suprême du Canada;
- les documents portent sur un mandat spécifique d'*amicus curiae* confié par la Cour suprême du Canada à M<sup>e</sup> André Joli-Coeur, le 14 juillet 1997, conformément à l'article 253(7) [*sic*] de la *Loi sur la Cour suprême*;
- aux termes de cet article, le ministère des Finances n'est qu'un mandataire de la Cour suprême aux fins du paiement des honoraires de M<sup>e</sup> André Joli-Coeur;
- notre cabinet n'a agi que comme avocat de M<sup>e</sup> André Joli-Coeur pour la vérification des comptes transmis dans le cadre de son mandat d'*amicus curiae*;
- M<sup>e</sup> André Joli-Coeur n'a pour le mandat d'*amicus curiae* aucune relation professionnelle avec un autre organisme autre que la Cour suprême du Canada;
- la Cour suprême du Canada n'est pas une institution fédérale apparaissant à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* et les documents qui relèvent uniquement de la Cour suprême du Canada ne sont pas visés à l'article 4(1) de la loi;
- l'accès doit être refusé à ces documents;

[4] The relevant facts are the following. André Joli-Coeur, a Quebec City lawyer, was appointed under subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (the Act), as *amicus curiae* in the *Reference* case. Subsection 53(7) reads:

53. . . .

(7) The Court may, in its discretion, request any counsel to argue the case with respect to any interest that is affected and with respect to which counsel does not appear, and the reasonable expenses thereby occasioned may be paid by the Minister of Finance out of any moneys appropriated by Parliament for expenses of litigation.

[5] On July 11, 1997, the Registrar of the Supreme Court wrote to Mr. Joli-Coeur to confirm his appointment as *amicus curiae*. On the second page of her letter, the Registrar wrote:

Your role as *amicus curiae* will be to assist the Court in responding to the questions that have been asked of it in the Order in Council P.C. 1996-1497, dated the 30th day of September, 1996, and to do so independently of any party to the reference. Those questions are as follows:

. . .

In this Reference, it would be of assistance to the Court to receive arguments on all sides of these questions and from all points of view. While the Court has before it some arguments supporting an affirmative answer to Questions 1 and 2, it is of the view that it would benefit from additional arguments to that end. The Court has therefore decided to appoint you as *amicus curiae* with the following mandate:

- (1) to submit a factum presenting written arguments with respect to the questions with a view to advancing positions other than those put forward by the parties to the Reference;
- (2) to file such other materials as is deemed necessary to present these arguments;
- (3) to present oral arguments at the hearing; and
- (4) to bring to the Court's attention any other matters which counsel, as *amicus curiae*, may consider relevant to the answers to be given to the questions referred to the Court.

[6] On July 30, 1997, the Assistant Deputy Minister, Corporate Management, of the Department of Finance, wrote to Mr. Joli-Coeur regarding the payment of his fees. The letter reads in part:

[4] Les faits pertinents sont les suivants. M<sup>e</sup> André Joli-Coeur, avocat de la ville de Québec, a été désigné, aux termes du paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 (la Loi), *amicus curiae* dans l'affaire du *Renvoi*. Le paragraphe 53(7) se lit comme suit:

53. [ . . ]

(7) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de commettre d'office un avocat, en l'absence de toute autre représentation, relativement à un intérêt auquel il est porté atteinte; les frais entraînés peuvent être payés par le ministre des Finances sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice.

[5] Le 11 juillet 1997, le registraire de la Cour suprême écrivait à M<sup>e</sup> Joli-Coeur pour confirmer sa nomination comme *amicus curiae*. À la deuxième page de sa lettre, le registraire écrit ce qui suit:

Votre rôle, en tant qu'*amicus curiae*, consistera à aider la Cour à répondre aux questions qui lui ont été soumises dans le Décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, et de le faire de manière indépendante de toutes les parties au renvoi. Voici le texte de ces questions:

[ . . ]

Dans le cadre du présent renvoi, il serait utile à la Cour de disposer d'arguments exposant tous les points de vue sur ces questions et touchant les divers aspects de celles-ci. Bien que la Cour dispose déjà de certains arguments appuyant une réponse affirmative aux questions 1 et 2, elle est d'avis qu'il serait utile qu'on lui soumette d'autres arguments en ce sens. La Cour a par conséquent décidé de vous nommer *amicus curiae* et de vous confier le mandat suivant:

- (1) soumettre un mémoire exposant, à l'égard des questions susmentionnées, des arguments écrits défendant des positions différentes de celles avancées par les parties au renvoi;
- (2) déposer tout autre document jugé nécessaire à la présentation de ces arguments;
- (3) présenter des arguments oraux à l'audience;
- (4) porter à l'attention de la Cour tout autre élément que, en tant qu'*amicus curiae*, vous estimez pertinent pour répondre aux questions qui ont été soumises à la Cour.

[6] Par ailleurs, le 30 juillet 1997, la sous-ministre adjointe, gestion intégrée, au ministère des Finances, écrivait à M<sup>e</sup> Joli-Coeur relativement au paiement de ses honoraires. La lettre se lit, en partie, comme suit:



[TRANSLATION] It is quite clear, however, that you remain the *amicus curiae* appointed by the Supreme Court of Canada, not an agent of the Attorney General of Canada or the Government of Canada.

...

For the sake of confidentiality, we have agreed that you will submit your fee and disbursement accounts—including the number of hours and hourly rate of those who worked on the case—to a third party, Ms. Paule Gauthier, Past President of the Canadian Bar Association. Ms. Gauthier will examine them within the context of a solicitor-client relationship with you such that the particulars of the professional services will be considered by all the parties to be subject to privilege. Ms. Gauthier's fees will be paid by the Government of Canada. After examining the fee and disbursement accounts, she will send the Department of Finance a certificate confirming the amounts payable, which you will be paid within 15 days of receipt.

[7] The applicant argues that the coordinator may not disclose the records requested by the intervener, Mr. Bindman, because those records are not “under the control” of a government institution within the meaning of subsection 4(1) of the *Access to Information Act*. Specifically, the applicant submits that those records are “under the control” of the Supreme Court, which is not a government institution according to the *Access to Information Act*.

[8] The applicant also submits that, since Mr. Joli-Coeur was counsel to the Supreme Court, it is [TRANSLATION] “necessary to maintain the confidentiality of the description of the professional services rendered by the *amicus curiae*, which is to be found in any fee account. The records exchanged for this payment are primarily under the control of the Supreme Court”.

[9] Last, the applicant submits that, in this matter, Ms. Gauthier acted merely as Mr. Joli-Coeur's counsel and agent with respect to the examination and approval of his fee accounts submitted in connection with the mandate given to him by the Supreme Court.

[10] In my view, the applicant's arguments are unsound, as I shall explain. The following sections of the *Access to Information Act* are relevant:

Il est bien entendu, cependant, que vous demeurez l'*amicus curiae*, désigné par la Cour suprême du Canada et non le mandataire de la Procureure générale du Canada ou du gouvernement du Canada.

[. . .]

Nous avons convenu, pour fins de confidentialité, à ce que vous soumettiez à un tiers, soit Mme Paule Gauthier, l'ancienne présidente de l'Association du Barreau canadien, vos comptes d'honoraires et de déboursés qui comprendront le nombre d'heures et le taux horaire de ceux qui auront travaillé au dossier. Mme Gauthier analysera ceux-ci dans le cadre d'une relation avocat-client avec vous de manière telle que le détail des actes professionnels sera considéré par toutes les parties comme étant protégé par le secret professionnel. Les honoraires de Mme Gauthier seront défrayés par le gouvernement du Canada. Après avoir analysé les comptes d'honoraires et de déboursés, elle fera parvenir au ministère des Finances un certificat attestant de la conformité du compte en faisant état des montants payables qui vous seront versés dans les quinze jours de sa réception.

[7] La demanderesse soutient que le coordonnateur ne peut divulguer les documents demandés par l'intervenant Bindman parce que ces documents ne «relèvent» pas d'une institution fédérale, aux termes du paragraphe 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 1] de la *Loi sur l'accès à l'information*. Plus particulièrement, la demanderesse soumet que lesdits documents «relèvent» de la Cour suprême qui n'est pas une institution fédérale aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[8] La demanderesse soumet également que, puisque M<sup>e</sup> Joli-Coeur était l'avocat de la Cour suprême, il est «essentiel de préserver la confidentialité de la description des actes professionnels posés par l'*amicus curiae*, qui doit se retrouver à tout compte d'honoraires. Les documents échangés pour ce paiement relèvent avant tout de la Cour suprême».

[9] Finalement, la demanderesse soumet que M<sup>e</sup> Gauthier n'agissait dans le dossier qu'à titre d'avocat et de mandataire de M<sup>e</sup> Joli-Coeur relativement à l'analyse et l'approbation de ses comptes d'honoraires transmis dans le cadre du mandat qui lui a été confié par la Cour suprême.

[10] À mon avis, les prétentions de la demanderesse sont mal fondées. Je m'explique. Les articles suivants de la *Loi sur l'accès à l'information* sont pertinents:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

. . .

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) trade secrets of a third party;

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

. . .

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

[11] First, I am of the opinion that section 23 of the *Access to Information Act* is of no help to the applicant. There can be no doubt that the relationship between Mr. Joli-Coeur and the Supreme Court is not a solicitor-client relationship within the meaning of section 23 of the Act. In any event, even if Mr. Joli-Coeur's relationship with the Supreme Court could come within section 23, the applicant would not be able to invoke privilege for Ms. Gauthier's certificates. The Assistant Deputy Minister's letter dated July 30, 1997, says clearly [TRANSLATION] "that the particulars of the professional services will be considered by all the parties to be subject to privilege". That explains why the respondent retained Ms. Gauthier's services to examine Mr. Joli-Coeur's fee accounts and, if satisfied, send the respondent a

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

[. . .]

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

[. . .]

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[11] Premièrement, je suis d'avis que l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* n'est d'aucun secours pour la demanderesse. Il ne peut faire de doute que la relation entre M<sup>e</sup> Joli-Coeur et la Cour suprême n'est pas une relation client-avocat au sens de l'article 23 de la Loi. De toute façon, même si la relation de M<sup>e</sup> Joli-Coeur avec la Cour suprême pouvait s'insérer dans le cadre de l'article 23, la demanderesse ne pourrait invoquer le secret professionnel concernant les certificats d'attestation de M<sup>e</sup> Gauthier. La lettre de la sous-ministre adjointe en date du 30 juillet 1997 énonce clairement «que le détail des actes professionnels sera considéré par toutes les parties comme étant protégé par le secret professionnel». Cela explique pourquoi le défendeur a retenu les services de M<sup>e</sup> Gauthier afin que cette dernière analyse

certificate confirming the accounts. In my view, a reading of the letter of July 30, 1997, leaves no room for any doubt that only the particulars of Mr. Joli-Coeur's professional services would be considered confidential and, as a result, would not be disclosed.

[12] Second, I am satisfied that Ms. Gauthier's certificates are records under the control of a government institution, namely the respondent. They were forwarded to the respondent to enable it to carry out its responsibility under subsection 53(7) of the Act. In my view, the respondent is in no way the Supreme Court's payment agent under subsection 53(7) as the applicant claims it is.

[13] In any event, in view of the Federal Court of Appeal's decision in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110, mere physical possession of the records by the respondent is sufficient, under subsection 4(1) of the *Access to Information Act*, to require the respondent to disclose the requested information. At pages 127 and 128 of his reasons, for the majority of the Federal Court of Appeal, Mr. Justice Létourneau said:

The notion of control referred to in subsection 4(1) of the *Access to Information Act* (the Act) is left undefined and unlimited. Parliament did not see fit to distinguish between ultimate and immediate, full and partial, transient and lasting or "de jure" and "de facto" control. Had Parliament intended to qualify and restrict the notion of control to the power to dispose of the information, as suggested by the appellant, it could certainly have done so by limiting the citizen's right of access only to those documents that the Government can dispose of or which are under the lasting or ultimate control of the Government.

[14] The remarks of Strayer J., as he then was, in *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.) are along the same lines as those made by Létourneau

les comptes d'honoraires de M<sup>e</sup> Joli-Coeur et, si satisfaite, qu'elle fasse parvenir au défendeur un certificat attestant de la conformité du compte. Une lecture de la lettre du 30 juillet 1997 ne peut laisser aucun doute, à mon avis, que seul le détail des actes professionnels de M<sup>e</sup> Joli-Coeur serait considéré de nature confidentielle et, par conséquent, ne serait pas divulgué.

[12] Deuxièmement, je suis satisfait que les certificats d'attestation de M<sup>e</sup> Gauthier sont des documents qui relèvent d'une institution fédérale, à savoir le défendeur. Les certificats d'attestation furent acheminés au défendeur afin que celle-ci puisse exercer la responsabilité que lui confère le paragraphe 53(7) de la Loi. Le défendeur, à mon avis, aux termes du paragraphe 53(7), n'est nullement l'agent payeur de la Cour suprême, comme le prétend la demanderesse.

[13] De toute façon, vu la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110, la simple possession matérielle des documents par le défendeur est suffisante, aux termes du paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, pour l'obliger à divulguer les renseignements demandés. Aux pages 127 et 128 de ses motifs, le juge Létourneau, pour la majorité de la Cour d'appel fédérale, s'exprime comme suit:

L'expression «relevant de» («control») que l'on trouve au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) constitue une notion qui n'est pas définie et qui n'est assujettie à aucune limite. Le législateur fédéral n'a pas jugé bon d'établir une distinction entre les documents «relevant d'» une institution fédérale («under the control of») de façon ultime ou immédiate, complète ou partielle, temporaire ou permanente ou «de jure» ou «de facto». Si, comme l'affirme l'appelante, le législateur fédéral avait voulu nuancer la notion véhiculée par l'expression «relevant de» ou la restreindre au pouvoir de disposer des documents, il aurait certainement pu le faire en limitant le droit d'accès des citoyens aux seuls documents dont l'administration fédérale peut disposer ou qui relèvent ultimement ou de façon durable d'elle.

[14] Les propos du juge Strayer, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, dans *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.) sont au

J.A. in *Canada Post Corp.* Here is how Strayer J. stated his opinion at pages 485-486:

The plain meaning of the language employed in the Act does not suggest that “information”, “government information”, or “record under the control” of the Government must be limited by some test as to how and on what terms the information or record came into the hands of the Government. That is the kind of qualification which the CFL is asking me to create. I can find no basis for doing so. The plain meaning of subsections 2(1) and 4(1) as quoted above is that the Act gives access, subject to many exceptions, to any record, or information in a record, which happens to be within the custody of the government regardless of the means by which that custody was obtained. That is surely the interpretation which is also most consistent with the purpose of the Act. The interpretation advanced by the CFL on the other hand, appears to be inconsistent with paragraph 20(1)(b) which it also relies on: that paragraph obviously assumes that “confidential information supplied to a government institution by a third party” is *prima facie* within the definition of “record” to which access would otherwise be available were it not for the possible protection of this paragraph. In other words, this exception proves the rule that confidential material supplied by a third party to the Government can form all or part of a “record under the control of a government institution”. It will be noted that the word “supplied” in paragraph 20(1)(b) is not modified by any terms such as “under compulsion”.

[15] The payment of Mr. Joli-Coeur’s fees was clearly a matter for the respondent, not the Supreme Court. As a result, the respondent’s receipt and possession of Ms. Gauthier’s certificates are clearly the result of the responsibility imposed on the respondent by subsection 53(7) of the Act.

[16] Last, the applicant has not argued, and consequently has not established, any of the exemptions provided in subsection 20(1) of the *Access to Information Act* to justify refusing to disclose the records requested by the intervener.

[17] For these reasons, the applicant’s application for review must be dismissed.

[18] A few days before its application for review was heard, the applicant filed a motion to strike out the respondent’s memorandum of fact and law. After arguments were presented at the hearing of November

même sens que ceux exprimés par le juge Létourneau dans *Société canadienne des postes*. Voici comment le juge Strayer exprime sa pensée aux pages 485 et 486:

La signification évidente du libellé de la Loi ne laisse pas entendre que les «renseignements», «les documents de l’administration fédérale» et les «documents» du gouvernement doivent être soumis à un test visant à établir comment le gouvernement les a obtenus et à quelles conditions. Or, c’est cette sorte de limite que la LCF me demande de créer. Je ne vois aucune raison de le faire. Il ressort clairement des paragraphes 2(1) et 4(1) précités que la Loi donne accès, sous réserve de plusieurs exceptions, aux documents de l’administration fédérale et aux renseignements qu’ils peuvent contenir, nonobstant la façon dont l’administration en a eu possession. C’est sûrement aussi l’interprétation la plus conforme à l’objet de la Loi. D’autre part, l’interprétation proposée par la LCF ne semble pas conforme à l’alinéa 20(1)b) sur lequel elle s’appuie aussi: cet alinéa laisse évidemment présumer que des «renseignements [. . .] fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle» sont visés *prima facie* par la définition du mot «documents» par ailleurs susceptibles de communication n’était-ce la protection possible prévue par l’alinéa en cause. En d’autres mots, cette exception confirme la règle que les documents confidentiels fournis au gouvernement par un tiers peuvent former la totalité ou une partie des «documents des institutions fédérales». On notera que le mot «fournis» à l’alinéa 20(1)b) n’est qualifié par aucune expression telle «de force».

[15] Le paiement des honoraires de M<sup>e</sup> Joli-Coeur était clairement du ressort du défendeur et non de celui de la Cour suprême. Par conséquent, la réception et la possession par le défendeur des certificats d’attestation de M<sup>e</sup> Gauthier résultent clairement de la responsabilité imposée au défendeur par le paragraphe 53(7) de la Loi.

[16] En dernier lieu, la demanderesse n’a pas invoqué, et par conséquent n’a pas démontré, aucune des exceptions prévues au paragraphe 20(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* pour justifier un refus de divulguer les documents demandés par l’intervenant.

[17] Pour ces motifs, la demande de révision de la demanderesse doit être rejetée.

[18] Quelques jours avant l’audition de sa demande de révision, la demanderesse a déposé une requête en irrecevabilité du mémoire des faits et du droit du défendeur. Suite à la présentation des arguments lors

16, 1998, I informed counsel that this motion would be dismissed.

[19] The applicant argues that the rule limiting administrative tribunals whose decisions are under judicial review to intervening only on jurisdictional issues applies in the case at bar. As a result, according to the applicant, the respondent could not argue in its factum that it was authorized to disclose the records requested by the intervener.

[20] The respondent, for its part, submits that the rule limiting administrative tribunals to intervening only on jurisdictional issues does not apply in the case at bar since the remedies provided by the *Access to Information Act* are *de novo* remedies. In *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), Mr. Justice MacKay of this Court, at pages 196-197, explained the *de novo* nature of judicial review under the *Access to Information Act* in the following terms:

The role of the court, to conduct a “review of the matter” *de novo*, including examination document by document of the records proposed to be disclosed which the applicant third party seeks to have prohibited from disclosure, does not seem to have been thoroughly discussed previously, perhaps because it has been seen to be so obvious in previous cases that no issue was raised about it. That is, however, the role implicit in the statute, consistent with the purposes of the Act and one that the court has adopted in practice in previous cases arising under s. 44: see, e.g., *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, *supra*; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1988), 26 C.P.R. (3d) 68, 51 D.L.R. (4th) 306, [1989] 1 F.C. 143, 18 F.T.R. 15 (T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of Health and Welfare*, *supra*. In light of the jurisprudence evolving in relation to the Act there can no longer be doubt that upon application for review, the court’s function is to consider the matter *de novo* including, if necessary, a detailed review of the records in issue document by document.

[21] I can only agree with the following statement, which appears at paragraph 12 of the respondent’s factum in response to the applicant’s motion to strike. At paragraph 12 of its factum, the respondent states:

de l’audition le 16 novembre 1998, j’ai avisé les procureurs que cette requête serait rejetée.

[19] La demanderesse soutient que la règle limitant aux seules questions juridictionnelles le droit d’intervention des tribunaux administratifs, dont les décisions sont judiciairement contestées, est applicable en l’instance. Par conséquent, selon la demanderesse, le défendeur ne pouvait, dans son mémoire, défendre le bien-fondé de sa décision de divulguer les documents demandés par l’intervenant.

[20] Le défendeur, quant à lui, soumet que la règle limitant le droit d’intervention des tribunaux administratifs aux seules questions juridictionnelles est inapplicable en l’espèce puisque les recours prévus par la *Loi sur l’accès à l’information* sont de la nature de recours *de novo*. Dans *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge MacKay de cette Cour, aux pages 196 et 197, explique la nature *de novo* de la révision judiciaire sous la *Loi sur l’accès à l’information* dans les termes suivants:

Le rôle de la Cour, en l’occurrence celui de procéder à une nouvelle «révision», et notamment à examiner chacun des documents qu’on a l’intention de communiquer et dont le tiers requérant cherche à interdire la communication, ne semble pas avoir déjà été examiné à fond, peut-être parce qu’il a été perçu comme étant tellement évident dans les affaires antérieures qu’aucun point litigieux n’a été soulevé à cet égard. C’est cependant le rôle qui est implicitement conféré par la Loi à la Cour, qui s’accorde avec l’objet de la Loi, et que la Cour a adopté en pratique dans les affaires antérieures relative à l’art. 44. Voir, par ex., *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, précité; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1988), 26 C.P.R. (3d) 68, 51 D.L.R. (4th) 306, [1989] 1 C.F. 143, 18 F.T.R. 15 (1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Ministre de la Santé et du Bien-être social*, précité. Compte tenu de la jurisprudence qui a été élaborée relativement à la Loi, il ne peut plus faire de doute que lorsque la Cour est saisie d’un recours en révision, son rôle consiste à examiner l’affaire de nouveau et à procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige.

[21] Je ne puis qu’être en accord avec l’énoncé suivant qui apparaît au paragraphe 12 du mémoire du défendeur en réponse à la requête en irrecevabilité de la demanderesse. Au paragraphe 12 de son mémoire, le défendeur affirme:

[TRANSLATION] It follows from the very essence and scheme of the ATIA that the government institution in possession of the records requiring disclosure should be a full-fledged party to the judicial review process provided by that Act and should be permitted to let the Court know its position on the disclosability of the records at issue; this is so, whether the government institution itself objects to the disclosure, in which case the ATIA imposes on it the explicit burden of establishing that it is authorized to refuse disclosure, or whether the objection comes from a third party, as in the case at bar;

[22] In my view, sections 44 and 48 of the *Access to Information Act* leave no doubt that the government institution may fully participate in the argument regarding the disclosure or non-disclosure of the requested information. Those sections read:

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

...

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

[23] Section 48 expressly provides that a government institution that refuses disclosure has the burden of establishing that it is authorized to do so. Consequently, section 48 allows the government institution to take part in the argument. Section 44 applies when a government institution agrees to disclose. I am equally satisfied that the government

Il en va donc de l'essence même et de l'économie de la LAI que l'institution fédérale en possession des documents dont la divulgation est requise soit partie à part entière au processus de révision judiciaire prévu à cette loi, et qu'elle puisse faire part à la Cour de sa position quant à la divulgabilité des documents en cause; et il en est ainsi qu'elle soit elle-même opposée à la divulgation, auquel cas la LAI lui impose le fardeau explicite d'établir le bien fondé de sa position, ou encore que l'opposition provienne, comme en l'espèce, d'un tiers;

[22] À mon avis, les articles 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, item 1] et 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* ne laissent aucun doute que l'institution fédérale peut participer pleinement aux débats relatifs à la divulgation ou la non-divulgation de l'information demandée. Ces articles se lisent comme suit:

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut comparaître comme partie à l'instance.

[. . .]

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

[23] L'article 48 prévoit expressément que l'institution fédérale qui refuse de divulguer a le fardeau d'établir le bien-fondé de son refus. Conséquemment, l'article 48 permet à l'institution fédérale de prendre parti dans le débat. Lorsque l'institution fédérale accepte de divulguer, c'est l'article 44 qui s'applique. Dans un tel cas, je suis aussi satisfait que l'institution

institution may fully participate in the argument in such a case. In my view, it would be illogical to allow a government institution to participate fully only when it refuses disclosure.

[24] For these reasons, I reached the conclusion that the motion to strike had to be dismissed. The respondent and intervener will be entitled to their costs both for the application for review and the motion to strike.

[25] The coordinator is directed not to disclose Ms. Gauthier's certificates until the time for appealing my decision runs out. Should the applicant appeal my decision, the coordinator shall not disclose the certificates until the Court of Appeal has disposed of the appeal.

fédérale peut pleinement participer au débat. Il serait illogique, à mon avis, de permettre à l'institution fédérale de participer pleinement uniquement lorsqu'elle refuse de divulguer.

[24] Pour ces motifs, j'en suis venu à la conclusion que la requête en irrecevabilité devait être rejetée. Le défendeur et l'intervenant auront droit à leurs frais tant sur la demande de révision que sur la requête en irrecevabilité.

[25] Il est ordonné au coordonnateur de ne pas divulguer les certificats d'attestation de M<sup>e</sup> Gauthier jusqu'à ce que le délai d'appel de ma décision soit expiré. Dans l'éventualité où la demanderesse porte ma décision en appel, le coordonnateur ne divulguera pas les certificats d'attestation jusqu'à ce que la Cour d'appel ait disposé de l'appel.

T-2407-96

T-2407-96

George William Harris, on his own behalf, and on behalf of a class of plaintiffs comprised of all individuals and others required to file returns pursuant to section 150 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) as amended, excepting those filers as described in paragraph 2 of this Claim (*Plaintiff*)

George William Harris, pour son propre compte et pour le compte d'une catégorie de demandeurs composée des particuliers et autres personnes qui sont tenus de produire des déclarations conformément à l'article 150 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), dans sa forme modifiée, à l'exception des personnes visées par le paragraphe 2 de la présente demande (*demandeur*)

v.

c.

Her Majesty the Queen and The Minister of National Revenue (*Defendants*)

Sa Majesté la Reine et le ministre du Revenu national (*défendeurs*)

INDEXED AS: HARRIS v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: HARRIS c. Canada (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, July 8, 9 and 10; Ottawa, December 30, 1998.

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 8, 9 et 10 juillet; Ottawa, 30 décembre 1998.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from A.S.P.'s decision striking out statement of claim for failure to disclose cause of action within Court's jurisdiction — Statement of claim alleging maladministration of Income Tax Act, seeking declarations against Crown, Minister — Federal Court Act, s. 17(1) giving F.C.T.D. concurrent original jurisdiction where relief claimed against Crown; s. 17(5)(b) conferring jurisdiction on F.C.T.D. in proceedings where relief sought against person involving performance of duties as officer, agent, servant of Crown — A.S.P.'s decision vital to final resolution of case as terminating action — Court having right to exercise discretion de novo — As action unique, not within stricture "when disputed point before lower court, no basis for declaratory action".*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel d'une décision du protonotaire adjoint radiant la déclaration parce qu'elle n'indiquait aucune cause d'action relevant de la compétence de la Cour — Déclaration alléguant la négligence dans l'administration de la Loi de l'impôt sur le revenu et visant l'obtention de déclarations contre la Couronne et le ministre — L'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale donne à la Section de première instance compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demandes de réparation contre la Couronne; l'art. 17(5)b confère compétence à la Section de première instance dans les actions en réparation intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits survenus dans l'exercice de ses fonctions — Décision du protonotaire adjoint déterminante pour la solution définitive de l'affaire puisqu'elle mettait fin à l'action — La Cour a le droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — L'action étant unique, elle ne tombait pas sous la restriction voulant qu'«il n'y a [. . .] pas ouverture à un jugement déclaratoire lorsque la question en litige a été confiée à un tribunal inférieur».*

*Practice — Parties — Standing — Taxpayer bringing action on own behalf, and on behalf of all taxpayers, except those benefitting from disputed ruling by departmental officials — Courts have discretion to award public interest standing to challenge exercise of administrative authority — Criteria set out in Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration) for public interest standing met — (1) Serious issues as to invalidity of "favoured" acts raised; maladministration of tax collection,*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le contribuable a intenté une action en son nom et au nom de tous les contribuables, à l'exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable des employés du Ministère — Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour contester un exercice de l'autorité administrative — Les critères énoncés dans l'arrêt Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) à l'égard de la*



*erosion of tax base — (2) Plaintiff having genuine interest in subject-matter of action as employed Canadian taxpayer, member of association concerned with fair taxation — All taxpayers, except favoured few, sufficiently interested class whom plaintiff representing in this litigation — (3) No other reasonable, effective way to bring matter before Court — Neither favoured few nor Attorney General likely to bring action — Only other taxpayers who bear proportionately heavier burden of taxation natural plaintiffs — Breach of confidentiality of other taxpayers unnecessary to conduct litigation.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from order striking statement of claim filed on behalf of all taxpayers, except few benefitting from disputed tax ruling — Seeking declarations to compel Minister, Crown to comply with declaration as to meaning of “taxable Canadian property” in Income Tax Act — Court having jurisdiction under Federal Court Act, s. 17 to grant relief against Crown — Court having right to exercise discretion de novo when A.S.P.’s order vital to final determination of matter — Application of criteria set out in Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration) to grant plaintiff public interest standing.*

*Income Tax — Practice — Appeal from order striking statement of claim filed on behalf of all taxpayers, except few benefitting from disputed tax ruling — Seeking declarations to compel Minister, Crown to comply with declaration as to meaning of “taxable Canadian property” in Income Tax Act — Action raising issues of maladministration of Income Tax Act, erosion of tax base — Court having jurisdiction to hear action for declaration against Crown, Minister — Plaintiff having public interest standing.*

This was an appeal from the Associate Senior Prothonotary’s decision striking out the statement of claim for failing to disclose a cause of action within the Court’s jurisdiction, and because the plaintiff lacked standing. The

*qualité pour agir dans l’intérêt public ont été respectés — 1) Des questions graves relativement à l’invalidité des actes «de favoritisme» sont soulevées: la négligence dans l’administration de la perception des impôts et l’érosion de l’assiette fiscale — 2) Le demandeur a un intérêt véritable dans l’objet de l’action en tant que contribuable canadien qui travaille et en tant que membre d’une association qui s’occupe de la question de l’équité fiscale — L’ensemble des contribuables (à l’exception des quelques privilégiés) constitue une catégorie de gens suffisamment intéressés, que le contribuable représente aux fins du présent litige — 3) Il n’y a aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour — Il est improbable que les quelques privilégiés ou le Procureur général n’intendent l’action — Seuls les autres contribuables, qui supportent un fardeau fiscal proportionnellement plus élevé, sont les demandeurs naturels — Il n’est pas nécessaire de porter atteinte à la confidentialité des autres contribuables pour instruire l’affaire.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel d’une ordonnance de radiation de la déclaration déposée au nom de tous les contribuables, à l’exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable en matière fiscale qui est contestée — Action visant l’obtention d’une déclaration obligeant le ministre et la Couronne à se conformer à une déclaration portant sur la signification de «bien canadien imposable» figurant dans la Loi de l’impôt sur le revenu — L’art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale confère compétence à la Cour pour accorder des réparations contre la Couronne — La Cour a le droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour reprendre l’affaire depuis le début puisque l’ordonnance du protonotaire adjoint était déterminante pour la solution définitive de l’affaire — Application des critères énoncés dans l’arrêt Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) pour reconnaître au demandeur la qualité pour agir dans l’intérêt public.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d’une ordonnance de radiation de la déclaration déposée au nom de tous les contribuables, à l’exception de ceux qui ont bénéficié de la décision favorable en matière fiscale qui est contestée — Action visant l’obtention d’une déclaration obligeant le ministre et la Couronne à se conformer à une déclaration portant sur la signification de «bien canadien imposable» figurant dans la Loi de l’impôt sur le revenu — Action soulevant la question de la négligence dans l’administration de la Loi de l’impôt sur le revenu et celle de l’érosion de l’assiette fiscale — La Cour a compétence pour entendre l’action pour jugement déclaratoire intentée contre la Couronne et le ministre — Le demandeur a qualité pour agir dans l’intérêt public.*

Il s’agissait de l’appel de la décision du protonotaire adjoint de radier la déclaration parce qu’elle n’indiquait aucune cause d’action relevant de la compétence de la Cour et parce que le demandeur n’avait pas qualité pour agir. Le

plaintiff alleged that in 1985 departmental employees issued contradictory rulings one week apart, one allowing the emigration of share ownership without realization of capital gains, and the other denying this favourable treatment. The former was not published by the Minister, while the latter was made public. The statement of claim referred to an 1996 Auditor General's report expressing concerns about the administration of the *Income Tax Act* which allowed the movement out of Canada of at least \$2 billion of assets held in certain unidentified family trusts, resulting in an erosion of the tax base and conferring preferential benefits on certain taxpayers. The action sought a declaration that prior to October 1, 1996 "taxable Canadian property" could not be held by a resident of Canada, and a declaration to compel the Crown and the Minister to conduct their duties in accordance with, and in obedience to, such declaration. The Attorney General never responded to the plaintiff's formal request to initiate action.

The plaintiff is an employed taxpayer. He filed the statement of claim as a class action on behalf of all federal income tax return filers, except those who had had the benefit of the disputed tax ruling. His interest in this matter allegedly stemmed from his personal status as a taxpayer, and his participation in "CHOICES—A Coalition for Social Justice", which is concerned with the fair distribution of the taxation burden and the proper enforcement of taxing statutes.

In response to the defendants' challenge to the Court's jurisdiction to adjudicate such a claim, the plaintiff invoked *Federal Court Act*, subsection 17(1) and paragraph 17(5)(b). Subsection 17(1) gives the Trial Division concurrent original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown, except as otherwise provided in this or any other Act of Parliament. Paragraph 17(5)(b) provides that the Trial Division has concurrent original jurisdiction in proceedings in which relief is sought against any person concerning the performance of duties as an officer, servant or agent of the Crown.

The issues were: (1) whether the Crown and a Crown Minister were immune from an action for a declaration; and, (2) whether the plaintiff had standing.

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) By striking out the statement of claim, thereby terminating the action, the Associate Senior Prothonotary's decision was vital to the final resolution of the matter. Therefore the Court had the right to exercise its discretion *de novo*. As the action was unique, it did not come within

demandeur a allégué qu'en 1985, les employés du Ministère ont rendu des décisions contradictoires dans un intervalle d'une semaine, l'une permettant le transfert à l'étranger de la propriété d'actions sans qu'il y ait réalisation de gains en capital, et l'autre refusant d'accorder ce traitement favorable. La première décision n'a pas été publiée par le ministre tandis que la seconde a été rendue publique. La déclaration faisait référence à un rapport de 1996 du vérificateur général, dans lequel ce dernier a exprimé des réserves à l'égard de l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui a permis la sortie du Canada d'au moins deux milliards de dollars d'éléments d'actif détenus dans certaines fiducies familiales non identifiées, causant une érosion de l'assiette fiscale et octroyant des avantages préférentiels à certains contribuables. L'action visait à obtenir une déclaration portant que, avant le 1<sup>er</sup> octobre 1996, un résident du Canada ne pouvait pas détenir un «bien canadien imposable», ainsi qu'une déclaration obligeant la Couronne et le ministre à exécuter leurs fonctions conformément à cette déclaration. Le procureur général n'a jamais répondu à la demande formelle d'intenter une action.

Le demandeur est un contribuable qui travaille. Il a déposé une déclaration en guise de recours collectif au nom de tous les déclarants d'impôt fédéral sur le revenu, à l'exception de ceux qui ont bénéficié de la décision contestée en matière fiscale. Son intérêt dans cette affaire proviendrait de son statut personnel de contribuable et de sa participation dans «CHOICES—A Coalition for Social Justice», qui lutte pour la répartition équitable du fardeau fiscal et l'application juste des lois fiscales.

En réponse à la contestation des défendeurs relativement à la compétence de la Cour de statuer sur une telle demande, le demandeur a invoqué le paragraphe 17(1) et l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 17(1) confère à la Section de première instance compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demandes de réparation contre la Couronne, sauf disposition contraire de cette loi ou de toute autre loi fédérale. L'alinéa 17(5)(b) prévoit que la Section de première instance a compétence, en première instance, dans les actions en réparation intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits survenus dans l'exercice de ses fonctions.

Les questions en litige étaient: 1) La Couronne et l'un de ses ministres jouissent-ils de l'immunité contre une action pour jugement déclaratoire? 2) Le demandeur a-t-il qualité pour agir?

*Jugement*: l'appel est accueilli.

1) En radiant la déclaration et en mettant ainsi fin à l'action, la décision du protonotaire adjoint était déterminante pour la solution définitive de l'affaire. La Cour avait donc le droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. Étant donné que l'action

the stricture that “when a point is before a lower court, there is no basis for a declaratory action.”

(2) The challenge herein was not against legislation, but against acts of the administration. Since *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, courts have had discretion to award public interest standing to challenge an exercise of administrative authority. That position was not abandoned by Cory J. when he narrowed the immunization of “public acts” from challenge to “legislation’s” immunization from challenge for the purposes of *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

The three criteria set out in *Canadian Council of Churches* for determining whether public interest standing should be granted were satisfied. The first criterion requires that a serious issue be raised as to the invalidity of the “favouring” acts complained of. The action raised the questions of whether there had been: (1) favouritism or blundering in the administration of tax collection; and (2) a huge erosion of the national tax base. Either one met the criterion.

The second criterion requires a genuine interest in the subject-matter of the action. The plaintiff is an employed taxpayer, a Canadian citizen, who pays all his taxes because he has no benefit of a favourable dispensation. Since 1991 he has been a member of an organization which is concerned with fair taxation. Adding weight and substance to the plaintiff’s qualifications is the Auditor General’s 1996 report to the House of Commons. The government of the nation belongs to the people. All of the taxpayers (except the favoured few) are a sufficiently interested class of the people whom the taxpayer represents for the purposes of this litigation, under the rule of law, in a free and democratic society.

The third criterion was whether there was any other reasonable and effective way to bring the issue before the Court. No directly affected individual could be expected to initiate this litigation because the only directly affected individuals had been accorded a benefit by the departmental administrative acts which the plaintiff challenged. Without a public interest plaintiff such as this plaintiff, who is only indirectly and diffusively affected as a public-spirited taxpayer, there is no one else (apart from the Auditor General, had he the authority) who might be expected to challenge the acts complained of, by means of this, or any, litigation. Only other taxpayers who bear a proportionately heavier burden of taxation to meet the country’s expenses would be the natural plaintiffs.

était unique, elle ne tombait pas sous la restriction voulant qu’«il n’y a [. . .] pas ouverture à un jugement déclaratoire lorsque la question en litige a été confiée à un tribunal inférieur».

2) En l’espèce, la contestation portait non pas sur une loi, mais bien sur des actes de l’administration. Depuis l’arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public pour contester un exercice de l’autorité administrative. Cette position n’a pas été abandonnée par le juge Cory lorsque ce dernier a réduit l’immunité relative aux «actes publics» à celle contre la contestation de la «loi» pour les fins de l’arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Les trois critères énoncés dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises* en vue de déterminer si la qualité pour agir dans l’intérêt public doit être reconnue ont été respectés. Le premier critère exige que la question de l’invalidité des actes «de favoritisme» visés se pose sérieusement. L’action soulevait la question de savoir si on était en présence: 1) de favoritisme ou de négligence dans l’administration de la perception des impôts; 2) d’une érosion massive de l’assiette fiscale nationale. Dans chacun des deux cas, le critère a été respecté.

Le deuxième critère exige l’existence d’un intérêt véritable dans l’objet de l’action. Le demandeur est un contribuable qui travaille, un citoyen canadien qui paie tous ses impôts puisqu’il ne bénéficie d’aucun traitement de faveur. Depuis 1991, il est membre d’un organisme qui s’occupe de la question de l’équité fiscale. Le rapport de 1996 du vérificateur général à la Chambre des Communes ajoute du poids et de la matière aux qualifications du demandeur. Le gouvernement de la nation appartient au peuple. L’ensemble des contribuables (à l’exception des quelques privilégiés) constituent une catégorie de gens suffisamment intéressés, que le contribuable représente aux fins du présent litige, en vertu de la primauté du droit dans une société libre et démocratique.

Le troisième critère était de savoir s’il y avait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour. Aucune personne directement lésée n’aurait intenté la présente poursuite car les seules personnes directement touchées avaient reçu un avantage du fait des actes administratifs du Ministère que le demandeur a contestés. À part d’un demandeur d’intérêt public, comme le demandeur en l’espèce qui n’est touché que de manière indirecte et vague en tant que contribuable soucieux de l’intérêt public, on ne peut s’attendre à ce que quelqu’un d’autre (à l’exception du vérificateur général, s’il en avait eu le pouvoir) conteste les actes reprochés au moyen de la présente (ou d’une autre) instance. Seuls les autres contribuables, qui supportent un fardeau fiscal proportionnellement plus élevé pour couvrir les dépenses du pays, peuvent être les demandeurs naturels.

Enough is known of the circumstances in the public domain to permit the trial of an action for judicial declaration without breaching the confidentiality of any taxpayer.

Suffisamment de faits font partie du domaine public pour qu'il soit aisé de statuer sur une action en jugement déclaratoire sans porter atteinte à la confidentialité de quelque contribuable que ce soit.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 17 (as am. *idem*, s. 3), 18(1) (as am. *idem*, s. 4), (3) (as am. *idem*), 18.1(1) (as enacted *idem*, s. 5), (3) (as enacted *idem*).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Rule 419(1)(a),(c),(f).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 85(1)(i) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45), 115(1)(b)(iii) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 74).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Ressources Orco Inc. et al. v. The Queen* (1994), 94 DTC 6642; 88 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

##### DISTINGUISHED:

*Pica (F and A) v. The Queen*, [1985] 1 CTC 160; (1985), 85 DTC 5136 (F.C.T.D.); *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; 18 C.R.R. (2d) 99; 160 N.R. 161; 67 O.A.C. 81.

##### CONSIDERED:

*Usarco Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 763; (1980), 80 DTC 6308 (T.D.); *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Cohen (N) v. The Queen*, [1980] CTC 318; (1980), 80 DTC 6250 (F.C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 85(1*i*) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45), 115(1*b*)(iii) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 74).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 17 (mod., *idem*, art. 3), 18(1) (mod., *idem*, art. 4), (3) (mod., *idem*), 18.1(1) (édicte, *idem*, art. 5), (3) (édicte, *idem*).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 17(1).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1*a*),*c*),*f*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Ressources Orco Inc. et al. c. La Reine* (1994), 94 DTC 6642; 88 F.T.R. 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Pica (F et A) c. La Reine*, [1985] 1 CTC 160; (1985), 85 DTC 5136 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; 18 C.R.R. (2d) 99; 160 N.R. 161; 67 O.A.C. 81.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Usarco Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 763; (1980), 80 DTC 6308 (1<sup>re</sup> inst.); *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Cohen (N) c. La Reine*, [1980] CTC 318; (1980), 80 DTC 6250 (C.A.F.).

APPEAL from Associate Senior Prothonotary's decision striking out the statement of claim because it did not disclose an action within the Court's jurisdiction and because the plaintiff lacked standing (*Harris v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1826 (T.D.) (QL)). Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Arne Peltz and Neil Brooks* for plaintiff.  
*Larry Olsen and Sandra Phillips* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Public Interest Law Centre, Legal Aid Manitoba, Winnipeg*, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] MULDOON J.: This proceeding is an appeal by the plaintiff from the Associate Senior Prothonotary's decision [[1997] F.C.J. No. 1826 (T.D.) (QL)] striking out the statement of claim, "as disclosing no cause of action within the jurisdiction of the Court and because the plaintiff Harris is not entitled to standing". (Document 24, page 23, filed January 2, 1998 [at paragraph 44a]). The defendants had moved for such a conclusion. The appeal came on for hearing in Winnipeg, on July 8, 9 and 10, 1998.

[2] The three-day duration of the hearing was no doubt required in consideration of the majority (3 to 2) decision in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.). This was an appeal from an order of a Motions Judge setting aside the dismissal by the Associate Senior Prothonotary (A.S.P.) of the respondent's motion for an order staying the proceeding or dismissing it for want of prosecution. Writing for the majority the late Mr. Justice MacGuigan stated (at pages 462-464):

I also agree with the Chief Justice in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a

APPEL de la décision du protonotaire adjoint radiant la déclaration parce qu'elle n'indiquait aucune cause d'action relevant de la compétence de la Cour et parce que le demandeur n'avait pas qualité pour agir (*Harris c. Canada*, [1997] F.C.J. n° 1826 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)). Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Arne Peltz et Neil Brooks* pour le demandeur.  
*Larry Olsen et Sandra Phillips* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Public Interest Law Centre, Legal Aid Manitoba, Winnipeg*, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE MULDOON: La présente instance consiste en l'appel interjeté par le demandeur contre la décision du protonotaire adjoint [[1997] F.C.J. n° 1826 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] de radier la déclaration «parce qu'elle ne relève aucune cause d'action relevant de la compétence de la Cour et parce que le demandeur Harris n'a pas qualité pour agir». (Document 24, à la page 23, déposé le 2 janvier 1998 [au paragraphe 44a]). Les défendeurs avaient présenté une requête recherchant une conclusion de cette nature. L'audition de l'appel a eu lieu à Winnipeg, les 8, 9 et 10 juillet 1998.

[2] Il ne fait aucun doute que les trois jours d'audience étaient nécessaires, étant donné la décision à la majorité (3 contre 2) rendue dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.). Il s'agissait de l'appel d'une décision d'un juge des requêtes qui avait infirmé le rejet, par le protonotaire adjoint, de la requête de l'intimée concluant à une ordonnance de suspension de l'instance ou de rejet de l'action pour défaut de poursuivre. S'exprimant au nom de la majorité, le regretté juge MacGuigan a dit (aux pages 462 à 464):

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes

discretionary decision of a prothonotary. Following in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 484, and Lacourcière J.A. in *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Div. Ct.), discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

- (a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or
- (b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

In *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.), this Court in an *obiter dictum* stated the rule the other way around, seeking to emphasize the necessity for the exercise of the Judge's discretion *de novo*, in contradistinction to the view that was at that time gaining acceptance in the Trial Division that the prothonotary's discretion should be followed unless he had committed error of law. *Jala Godavari* should not, I think, be read as meaning that the prothonotary's discretion should never be respected, but rather that it is subject to an overriding discretion by a judge where the question involved is vital to the final issue of the case. (Error of law is, of course, always a reason for intervention by a judge, and is not in any way in controversy.)

Here, the Prothonotary decided that which would have been interlocutory if he had dismissed the defendants' motion, but as MacGuigan, J.A. held [at page 464], it "must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case." He thereupon held (at page 465):

I am therefore drawn to the conclusion that the learned Motions Judge was entirely right in following *Jala Godavari* and exercising his own discretion *de novo*.

So be it. The learned A.S.P. struck out the statement of claim, thereby terminating the plaintiff's action.

à l'égard des décisions discrétionnaires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C. div.), le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

- a) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits,
- b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Dans *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), notre Cour, dans une observation incidente, a énoncé la règle contraire, en mettant l'accent sur la nécessité pour le juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*, par contraste avec la vue qui avait cours à l'époque à la Section de première instance, savoir qu'il ne fallait pas toucher à la décision discrétionnaire du protonotaire sauf le cas d'erreur de droit. Il ne faut pas, à mon avis, interpréter l'arrêt *Jala Godavari* comme signifiant que la décision discrétionnaire du protonotaire ne doit jamais être respectée, mais qu'elle est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire d'un juge si la question visée a une influence déterminante sur l'issue de la cause principale (L'erreur de droit, bien entendu, est toujours un motif d'intervention du juge, et ne prête pas à controverse.)

En l'espèce, la décision du protonotaire adjoint aurait été interlocutoire s'il avait rejeté la requête des défendeurs, mais, comme l'a décidé le juge d'appel MacGuigan [à la page 464], elle «doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale». Il a tranché la question de la façon suivante (à la page 465):

J'en conclus que le juge des requêtes avait entièrement raison d'appliquer la règle définie par l'arrêt *Jala Godavari* et d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Qu'il en soit ainsi. Le protonotaire adjoint a radié la déclaration, mettant ainsi fin à l'action du demandeur.

[3] There is an issue of the plaintiff's standing to be determined here. Paragraph 1 of the statement of claim discloses that the plaintiff, George William Harris, "is a program officer employed by CUSO, a non-profit international development organization and resides at . . . in the city of Winnipeg, in Manitoba."

[4] The statement of claim further alleges in paragraph 2:

2. The class represented by the Plaintiff consists of all individuals and others required to file returns pursuant to section 150 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c.1 (5th Supp.) as amended (hereafter "the Act"), excepting the following: any trusts or persons who have, between January 1, 1985 and October 1, 1996, carried out transactions or been assessed by the Defendant Minister of National Revenue on the basis that, as a matter of law, "taxable Canadian property" under the Act can be held or disposed of by residents of Canada.

[5] In his memorandum of argument on the defendants' motion to strike before the A.S.P., paragraphs 9 and 10, the plaintiff alleged that:

9. [He] is a taxpayer under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 [Chap.] 1 (5th Supp.) as amended (hereafter "the Act" or "the *Income Tax Act*"), and has been a taxpayer since 1982. He filed his Statement of Claim on October 31, 1996 as a class action, essentially on behalf of all federal income tax return filers.

[The defendants cannot deny these allegations.]

10. The Plaintiff's interest in this matter stems from his personal status as a taxpayer and also his participation in a Winnipeg-based group called "CHOICES"—A Coalition for Social Justice" (hereafter "the Coalition"). The Coalition carries out research, advocacy and social action on a wide variety of public policy issues at all levels of government. A fundamental concern of the group has been the fair distribution of taxation burden and the proper enforcement of taxing statutes. As well, the Coalition prepares and presents an annual Alternative Federal Budget, based on a national grass-roots consultation and planning process. The 1996 Alternative Budget was presented in person to the Minister of Finance, and the Minister held a detailed discussion of

[3] En l'espèce, il faut trancher la question de la qualité pour agir du demandeur. Le paragraphe 1 de la déclaration révélait que le demandeur, George William Harris, [TRADUCTION] «est un agent de programme au service du CUSO, un organisme de développement international à but non lucratif, et réside au [ . . . ] dans la ville de Winnipeg, au Manitoba».

[4] Il était également allégué, au paragraphe 2 de la déclaration:

[TRADUCTION]

2. La catégorie représentée par le demandeur est composée des particuliers et autres personnes qui sont tenus de produire des déclarations conformément à l'article 150 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch.1 (5<sup>e</sup> suppl.), dans sa forme modifiée (ci-après: «la Loi»), à l'exception des fiduciaires et des personnes qui ont, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1985 et le 1<sup>er</sup> octobre 1996, effectué des opérations ou qui ont fait l'objet de cotisations par le défendeur, le ministre du Revenu national, au motif que, en droit, un «bien canadien imposable», au sens de la Loi, peut être possédé ou cédé par un résident du Canada.

[5] Dans le mémoire qu'il a présenté à l'égard de la requête en radiation que les défendeurs ont déposée devant le protonotaire adjoint, le demandeur a allégué, aux paragraphes 9 et 10, que:

[TRADUCTION]

9. [Il] est un contribuable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), [ch.] 1 (5<sup>e</sup> suppl.), dans sa forme modifiée (ci-après: «la Loi» ou «la *Loi de l'impôt sur le revenu*»), et ce, depuis 1982. Il a déposé sa déclaration le 31 octobre 1996, en tant que recours collectif, essentiellement au nom de tous les déclarants d'impôt fédéral sur le revenu.

[Les défendeurs ne peuvent nier ces allégations.]

10. L'intérêt du demandeur dans cette affaire provient de son statut personnel de contribuable et de sa participation dans un groupe de Winnipeg qui se nomme ««CHOICES—A Coalition for Social Justice»» (ci-après: «la Coalition»). La Coalition se consacre à la recherche, à la promotion et à l'action sociale relativement à un large éventail de questions d'intérêt public à tous les niveaux de gouvernement. La répartition équitable du fardeau fiscal et l'application juste des lois fiscales constituent une préoccupation fondamentale du groupe. De même, la Coalition prépare et présente à chaque année son budget fédéral parallèle, fondé sur une consultation populaire et sur un processus de planification à l'échelle nationale. Le budget parallèle

budget issues with Coalition representatives in February 1996. The same project was underway for the 1997 Alternative Federal Budget at the date of filing the Claim herein.

[6] So, there is a rôle reversal here, where the plaintiff, allegedly in the public interest, assumes the rôle of tax collector, and it is the Minister who resists! The Minister is, however, not the only public official whose office and function are invoked here: the Auditor General comes into this matter, too. Here is what is alleged in the statement of claim:

11. On May 7, 1996, the Auditor General of Canada (hereafter "the Auditor") filed a report to the House of Commons which contained certain audit observations. The Auditor expressed grave concerns about the administration of the Act in respect of the movement out of Canada of at least \$2 billion of assets held in certain unidentified family trusts. Because of Advance Tax Rulings (hereafter "Rulings") given by the Minister or the Minister's officials in 1985 and again on December 24, 1991, the Auditor stated that the transactions ruled upon may have circumvented the law regarding the taxation of capital gains (in the French version of the Auditor's report, "... ont frustré l'intention du législateur en ce qui concerne l'imposition des gains en capital").

12. The Auditor expressed the opinion that, contrary to the interpretation adopted and applied by the Minister, "taxable Canadian property" under the Act cannot be held by residents of Canada, but only by non-residents. As a result, certain shares of public companies, acquired in exchange for private company shares, should not have been considered "taxable Canadian property" under the Act when the ownership thereof moved from Canada to the United States. The effect of the Auditor's opinion is that the transactions in question should not have taken place under the Act without the payment of applicable tax on the accrued capital gains.

13. The Auditor further reported to Parliament that the Minister may have allowed the erosion of the tax base by forfeiting a legitimate future claim by the Crown to many millions of dollars in tax revenue. The Auditor criticized the lack of documentation and analysis of key

1996 a été présenté en personne au ministre des Finances, et ce dernier a eu une conversation de fond sur des questions budgétaires avec des représentants de la Coalition en février 1996. Le même projet était en cours pour le budget parallèle 1997 à la date du dépôt de la réclamation contenue dans la présente.

[6] Il y a donc inversion des rôles en l'espèce, alors que le demandeur, présumément dans l'intérêt public, assume le rôle de percepteur d'impôts, tandis que le ministre s'oppose! Le ministre n'est toutefois pas le seul représentant public dont le titre et la fonction sont invoqués en l'espèce: le vérificateur général se retrouve lui aussi mêlé à la présente affaire. La déclaration comporte l'allégation suivante:

[TRADUCTION]

11. Le 7 mai 1996, le vérificateur général du Canada (ci-après: «le vérificateur») a déposé son rapport à la Chambre des communes, dans lequel il faisait certains commentaires relatifs à la vérification. Le vérificateur a exprimé d'importantes réserves à l'égard de l'administration de la Loi en ce qui concerne la sortie du Canada d'au moins deux milliards de dollars d'éléments d'actif détenus dans certaines fiducies familiales non identifiées. Au sujet de décisions anticipées en matière d'impôt (ci-après: «les décisions») rendues par le ministre ou ses fonctionnaires en 1985, et à nouveau le 24 décembre 1991, le vérificateur a déclaré qu'il était possible que les opérations ayant fait l'objet des décisions aient été faites en contravention de la loi relativement à l'imposition des gains en capital (dans la version française du rapport du vérificateur: «[...] ont frustré l'intention du législateur en ce qui concerne l'imposition des gains en capital»).

12. Le vérificateur a exprimé l'opinion que, contrairement à l'interprétation adoptée et appliquée par le ministre, un «bien canadien imposable», au sens de la Loi, ne peut être possédé par un résident du Canada, mais seulement par un non-résident. En conséquence, certaines actions de sociétés publiques, acquises en contrepartie d'actions de sociétés privées, n'auraient pas dû être considérées comme étant un «bien canadien imposable» au sens de la Loi, alors que leur propriété est passée du Canada aux États-Unis. En conséquence, le vérificateur est d'avis que, en vertu de la Loi, les opérations en question n'auraient pas dû avoir lieu sans qu'il y ait paiement de l'impôt applicable sur les gains en capital ainsi réalisés.

13. Le vérificateur a également indiqué au Parlement que le ministre avait peut-être permis l'érosion de l'assiette fiscale en renonçant à une réclamation éventuelle de la Couronne s'élevant à plusieurs millions de dollars de revenus fiscaux. Le vérificateur a critiqué le manque de



decisions made by Crown officials in this regard, and observed that because the Rulings were not made public for several years, benefits may have been preferentially enjoyed by certain taxpayers.

[7] The plaintiff formally requested the Attorney General by letter dated September 10, 1996 to initiate action or to issue a *fiat* for a relator action to the plaintiff permitting him to do so, (statement of claim, paragraph 16). Next, according to paragraphs 18, 19, 20, 21, 22 and 23 of the statement of claim:

18. The Attorney General did not acknowledge receipt of the September 10, 1996 letter from CHO!CES and did not respond to counsel for CHO!CES. However, on September 25, 1996, the Attorney General stated in the House of Commons, in response to questions from the Official Opposition, that he accepted the majority report of the Standing Committee on Finance, which endorsed the Minister's handling of the Rulings and rejected the Auditor's critique thereof.
19. On October 2, 1996, the Minister of Finance tabled a Notice of Ways and Means Motion in Parliament, indicating changes to the provisions of the Act which were in dispute as between the Auditor and the Minister of National Revenue, and clarifying the obligation of taxpayers to pay income tax on their capital gains when they change residence and move ownership of property out of Canada. The provisions will be effective October 1, 1996.
20. On October 17, 1996, counsel for CHO!CES again wrote to the Attorney General, repeating the request for a Court referral or a relator action. At the date of filing this Claim, no response has been received by CHO!CES or the Plaintiff from the Attorney General.
21. The Plaintiff therefore says that (a) he is raising a serious and legitimate concern relating to an important matter of public law and administration, and (b) an arguable question of law is involved with respect to the interpretation of the Act, and (c) there is no other manner in which the issue can or will be resolved by a Court, unless the Claim herein is heard and decided by this Honourable Court.
22. The Plaintiff says that no confidential or legally privileged information relating to the personal or business affairs of any taxpayer will need to be disclosed during

documentation et d'analyse relatives à des décisions majeures rendues par des fonctionnaires de la Couronne à cet égard, et il a fait remarquer que, les décisions n'ayant été rendues publiques que plusieurs années plus tard, certains contribuables avaient pu profiter d'avantages préférentiels.

[7] Par lettre datée du 10 septembre 1996, le demandeur a formellement prié le procureur général d'intenter une action ou de l'autoriser à le faire à titre de quasi-demandeur (déclaration, paragraphe 16). Par la suite, selon les paragraphes 18, 19, 20, 21, 22 et 23 de la déclaration:

[TRADUCTION]

18. Le vérificateur général n'a pas accusé réception de la lettre du 10 septembre 1996 de CHO!CES, et il n'a pas répondu à l'avocat de cette dernière. Toutefois, le 25 septembre 1996, le procureur général a déclaré à la Chambre des communes, en réponse à des questions de la part de l'Opposition officielle, qu'il acceptait le rapport présenté au nom de la majorité des membres du Comité permanent des finances, qui approuvait la façon dont le ministre avait traité ces décisions et qui rejetait les critiques qu'en avait fait le vérificateur général.
19. Le 2 octobre 1996, le ministre des Finances a déposé devant le Parlement un avis de motion de voies et moyens qui indiquait des modifications à venir aux dispositions de la Loi qui faisaient l'objet d'un désaccord entre le vérificateur général et le ministre du Revenu national et qui précisait l'obligation des contribuables de payer de l'impôt sur le revenu sur leurs gains en capital lorsqu'ils changent de résidence et qu'ils transfèrent la propriété de biens hors du Canada. Ces dispositions seront en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1996.
20. Le 17 octobre 1996, l'avocat de CHO!CES a de nouveau écrit au procureur général, lui demandant une fois de plus un renvoi à la Cour ou l'autorisation d'agir à titre de quasi-demandeur. À la date du dépôt de la présente demande, aucune réponse n'avait été reçue par CHO!CES ou par le demandeur de la part du procureur général.
21. Le demandeur déclare donc que: a) il soulève une question grave et légitime relativement à une matière importante de droit public et d'administration; b) une question de droit contentieuse est soulevée à l'égard de l'interprétation de la Loi; c) il n'existe aucune autre manière de soumettre la question à un tribunal que de faire trancher la présente demande par la présente Cour.
22. Le demandeur déclare qu'aucun renseignement confidentiel ou faisant l'objet d'un privilège juridique relativement aux affaires personnelles ou commerciales

the process of hearing and determining this action.

23. The Plaintiff further says that, based on the foregoing paragraphs, he has acted with reasonable diligence and as soon as reasonably possible in commencing this Claim.

[8] The plaintiff alleged that the adjudication and disposition of this action will not violate the confidentiality or public anonymity of any taxpayer (paragraph 24, statement of claim). The Minister's departmental employees issued a January 1985 ruling in these terms:

Our ruling is that the trust will not be deemed by subsection 48(1) of the Act to dispose of its shares in the public corporations which is acquired as a result of an exchange of its ownership in shares of a private corporation when it ceases to be resident in Canada because those shares will constitute taxable Canadian property within paragraph 85(1)(i) and subparagraph 115(1)(b)(iii) of the Act.

[9] That ruling seems to have enjoyed an extremely short half-life, for, the plaintiff alleges, one week later, this transpired according to the statement of claim's paragraph 25:

25. One week after issuing the 1985 Ruling, the Minister was asked by another party, whose identity is not known to the Plaintiff, for a non-binding Opinion where the circumstances were comparable. In response, in May 1985, an Opinion was issued (hereafter "the 1985 Opinion") which was contradictory to the 1985 Ruling, in the following terms:

You request our views with respect to the meaning of "taxable Canadian property" in the context of a distribution by a resident trust to a non-resident beneficiary of shares which were acquired by the trust in an exchange to which section 85.1 of the Act applied. You suggest that, if the particular shares were acquired in exchange for shares which represented 25 percent or more of the issued shares of a class of capital stock of a "public corporation" such shares would constitute taxable Canadian property of the trust by virtue of paragraph 85.1(1) and subparagraph 115(1)(b)(ix) of the Act.

We do not agree. You point out, the general scheme of the Act contemplates the ownership of taxable Canadian property with reference to non-residents (e.g. in para-

de quelque contribuable que ce soit n'aura à être divulgué pendant le processus d'instruction de l'action.

23. Le demandeur ajoute que, vu les faits mentionnés aux paragraphes précédents, il a agi avec diligence raisonnable et qu'il a institué la présente action dès que raisonnablement possible.

[8] Le demandeur a allégué que, pour trancher la présente action, il ne sera pas nécessaire de porter atteinte à la confidentialité ou à l'anonymat de quelque contribuable que ce soit (paragraphe 24 de la déclaration). Les employés du ministère concerné se sont exprimés ainsi dans leur décision de janvier 1985:

[TRADUCTION]

Notre décision est que la fiducie ne sera pas présumée, en vertu du paragraphe 48(1) de la Loi, céder les actions qu'elle détient dans des sociétés publiques et qui sont acquises en contrepartie des actions qu'elle détient dans une société privée lorsqu'elle cesse d'être résidente du Canada, parce que ces actions constitueront des biens canadiens imposables au sens de l'alinéa 85(1)i) et du sous-alinéa 115(1)b)(iii) de la Loi.

[9] Il semble que la durée de vie utile de cette décision ait été extrêmement courte puisque, selon ce que le demandeur a allégué au paragraphe 25 de sa déclaration, une semaine plus tard:

[TRADUCTION]

25. Une semaine après que le ministre eut rendu sa décision de 1985, une tierce partie, dont le demandeur ne connaît pas l'identité, a demandé au ministre de lui fournir une opinion ne liant pas ce dernier à l'égard de faits similaires. S'ensuivit, en mai 1985, la délivrance d'une opinion (ci-après: «l'opinion de 1985») qui contredisait la décision de 1985 et qui se lisait comme suit:

Vous nous demandez notre avis relativement à la signification de «bien canadien imposable» dans le contexte de l'attribution par une fiducie résidente à un bénéficiaire non résident d'actions qui ont été acquises par la fiducie lors d'un échange auquel l'article 85.1 de la Loi s'appliquait. Vous prétendez que si les actions en cause ont été acquises en contrepartie d'actions qui représentaient 25 pour 100 ou plus des actions émises d'une catégorie du capital-actions d'une «corporation publique», ces actions constituent des biens canadiens imposables de la fiducie en vertu du paragraphe 85.1(1) et du sous-alinéa 115(1)b)(ix) de la Loi.

Nous ne sommes pas d'accord. Vous soulignez que le régime général de la Loi vise la propriété de biens canadiens imposables relativement à des non-résidents

graph 48(1)(a) of the Act which refers to “. . . any property . . . that would be taxable Canadian property if at no time in the year he had been resident in Canada . . .”). Similar wording is found in subsection 107(5), and subparagraph 108(1)(d.1)(ii) of the Act. In this context, we do not agree that paragraph 133(1)(c) of the Act contemplates the ownership of taxable Canadian property by a resident of Canada. It clearly contemplates two situations; the one to which you refer contemplates a corporation not resident in Canada (presumably a pre-April 26, 1995 incorporation).

The provisions of subsection 107(5) of the Act, like the provisions of subsection 48(1) of the Act, permit the deferral of the recognition of the gain or loss on the disposition (or deemed disposition) in respect of property that, when ultimately disposed of, will normally be recognized for Canadian tax purposes (subject to applicable treaty protection). In this regard, we are therefore also of the view that the shares, which you describe, would not be considered taxable Canadian property in the hands of the non-resident beneficiary merely because they were acquired by the trust as described above.

26. The 1985 Ruling allowing the emigration of share ownership without realization of capital gains was not published by the Minister, whereas the 1985 Opinion denying this favourable treatment was made public by the Minister.

#### DECLARATORY RELIEF

[10] The plaintiff is, in essence, claiming declarations to bind the Crown and the Minister, and to compel them to conduct their respective duties in accordance with and in obedience to such declarations. The statement of claim asserts:

36. The plaintiff therefore claims the following relief:

(a) A determination that, pursuant to the common law doctrine of public interest standing, in the circumstances of this case, the plaintiff is entitled to sue for substantive declaratory relief with respect to the meaning and interpretation of the Act, as set forth in this claim, and,

(b) In the alternative, if the common law, as applied in the context of the Act and the circumstances of this case, does not allow for a grant of public interest standing in favour of the plaintiff, the plaintiff seeks a declaration that the said common law rule is unconstitutional, or constitutionally inapplicable in this case, and that the plaintiff is entitled to sue for the substantive relief as claimed herein, in that

(par ex., l'alinéa 48(1)a) de la Loi, qui réfère à «[. . .] [qu'] un bien [. . .] qui serait un bien canadien imposable s'il n'avait résidé au Canada en aucun temps de l'année [. . .]»). Une formulation semblable est utilisée dans le paragraphe 107(5) et dans le sous-alinéa 108(1)d.1(ii) de la Loi. Dans ce contexte, nous ne partageons pas l'avis que l'alinéa 133(1)c) de la Loi vise la propriété d'un bien canadien imposable par un résident du Canada. Il vise clairement deux cas; celui auquel vous réferez vise une société non résidente au Canada (présument incorporée avant le 26 avril 1995).

Les dispositions du paragraphe 107(5) de la Loi, comme celles du paragraphe 48(1) de la Loi, permettent le report de la comptabilisation du gain ou de la perte provenant de la cession (ou de la cession présumée) de biens qui, une fois qu'ils sont finalement cédés, seront comptabilisés à des fins fiscales au Canada (sous réserve de la protection applicable offerte par un traité). À cet égard, nous sommes également d'avis que les actions que vous décrivez ne seraient pas considérées comme des biens canadiens imposables entre les mains du bénéficiaire non résident simplement parce qu'elles ont été acquises par la fiducie décrite précédemment.

26. La décision de 1985 permettant le transfert à l'étranger de la propriété d'actions sans qu'il y ait réalisation de gains en capital n'a pas été publiée par le ministre, tandis que l'opinion de 1985 refusant ce traitement favorable a été rendue publique par le ministre.

#### JUGEMENT DÉCLARATOIRE

[10] Essentiellement, le demandeur tente d'obtenir des déclarations liant la Couronne et le ministre et les obligeant à exécuter leurs fonctions respectives conformément à ces déclarations. Il est demandé dans la déclaration:

[TRADUCTION]

36. Le demandeur sollicite donc les réparations suivantes:

a) Une décision portant que, conformément à la doctrine de common law relative à la qualité pour agir dans l'intérêt public, dans les circonstances de l'espèce, le demandeur a le droit d'engager des poursuites en vue d'obtenir un jugement déclaratoire au fond à l'égard du sens et de l'interprétation de la Loi tel qu'il en est fait mention dans la demande;

b) Subsidiairement, si la common law, telle qu'elle s'applique dans le contexte de la Loi et des circonstances de l'espèce, ne permet pas d'accorder au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public, le demandeur sollicite une déclaration portant que la règle de common law est inconstitutionnelle ou qu'elle ne s'applique pas en l'espèce sur le plan constitutionnel et qu'il a le droit d'engager des poursui-

(i) as an aspect of the constitutional principle of Rule of Law, guaranteed specifically by Article XII of the *English Bill of Rights, 1688*, as well as the *Constitution Act, 1867*, and the *Constitution Act, 1982*, the executive branch of government in Canada is not authorized to dispense with the due enforcement of laws enacted by Parliament, as the Crown has purported to do in this case, and

(ii) where the Crown refuses to ensure the due enforcement of laws enacted by Parliament, the plaintiff has standing as a matter of constitutional right to prevent the executive from dispensing with the law enacted by Parliament.

(c) A declaration that prior to October 1, 1996, on a proper construction of the *Income Tax Act*, as a matter of law, “taxable Canadian property” could not be held by a resident of Canada, and

(d) A declaration that the Crown is obliged to apply the law as declared by this Honourable Court to the circumstances of the case of Protective Trust and Family Trust, as well as any other such cases known to the Crown, and

(e) A declaration that the Minister is obliged to utilize her powers under the Act, including the authority to assess or reassess pursuant to section 152 of the Act, so that any income tax properly due and owing under the Act is duly paid to the Crown.

The plaintiff then pleads and asserts and describes the “fiduciary duty” owed by the Minister. It is quite a litany, as follows:

43. The plaintiff therefore claims relief as follows:

(a) A declaration that in receiving and responding to the 1991 Ruling request, the Minister was acting in a fiduciary capacity, or was acting in a capacity akin to a fiduciary, towards the class of plaintiffs as described herein, and

(b) A declaration that the Minister breached the said fiduciary duty, or fiduciary-like duty, in the following respects:

(i) By agreeing to issue an Advance Tax Ruling in circumstances where the share exchange had already taken place, and therefore the transaction which was to be the subject of the Advance Ruling was substantially completed, all of which was contrary to established Revenue Canada policy and procedure, which allows for Rulings respecting proposed transactions only, and

tes en vue d’obtenir un redressement au fond tel qu’il en fait ici la demande, pour les motifs suivants:

(i) en tant qu’élément du principe constitutionnel de la primauté du droit, expressément garanti par l’article XII du *English Bill of Rights, 1688*, ainsi que par la *Loi constitutionnelle de 1867* et par la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’exécutif du gouvernement du Canada n’est pas autorisé à se soustraire à l’application régulière des lois édictées par le Parlement, comme la Couronne a ici tenté de le faire;

(ii) lorsque la Couronne refuse d’assurer l’application régulière des lois édictées par le Parlement, le demandeur a qualité sur le plan constitutionnel pour empêcher l’exécutif de se soustraire aux lois édictées par le Parlement;

c) Une déclaration portant qu’avant le 1<sup>er</sup> octobre 1996, selon l’interprétation qu’il convenait de donner à la *Loi de l’impôt sur le revenu*, en droit, un résident du Canada ne pouvait pas détenir un «bien canadien imposable»;

d) Une déclaration portant que la Couronne est tenue d’appliquer le droit, tel qu’il est déclaré par cette Cour, à la fiducie de protection d’actifs et à la fiducie familiale ainsi qu’à d’autres cas dont la Couronne a connaissance;

e) Une déclaration portant que le ministre est tenu d’utiliser les pouvoirs conférés par la Loi, notamment le pouvoir d’établir des cotisations et de nouvelles cotisations conformément à l’article 152 de la Loi, de façon que tout impôt sur le revenu à juste titre exigible en vertu de la Loi soit dûment versé à la Couronne.

Le demandeur s’est ensuite consacré à plaider, à démontrer et à décrire le «devoir fiduciaire» incombant au ministre. Il s’agit de toute une litanie, comme l’extrait suivant le montre:

[TRADUCTION]

43. Le demandeur sollicite donc les réparations suivantes:

a) Une déclaration portant qu’en recevant la demande de décision, en 1991, et en y répondant, le ministre a agi à titre fiduciaire ou quasi fiduciaire envers la catégorie de demandeurs ici désignée;

b) Une déclaration portant que le ministre a manqué audit devoir fiduciaire ou quasi fiduciaire:

(i) En s’engageant à rendre une décision anticipée en matière d’impôt alors que le transfert d’actions avait déjà eu lieu et que l’opération visée par la décision avait donc en bonne partie été menée à terme, en violation de la politique et de la procédure établies de Revenu Canada selon lesquelles des décisions ne peuvent être rendues qu’à l’égard d’opérations envisagées;

- (ii) By agreeing to issue a Ruling when Revenue Canada believed that the Act did not allow for a favourable Ruling, or was ambiguous in respect of the proposed transaction, and
- (iii) By agreeing to issue a Ruling when the applicant therefor was apparently in possession of private information, to wit, the 1985 Ruling, whereas the only public position ever put out by the Minister was contrary, namely, the 1985 Opinion, and
- (iv) By favouring Protective Trust and Family Trust with a Ruling not equally available to others, and
- (v) By succumbing to pressure from persons outside Revenue Canada and reversing the Department's considered position against a favourable ruling, and
- (vi) By issuing a Ruling with a private side-deal, comprised of the undertaking and the waiver, thereby allowing a transaction which avoided the intent of the Act, and
- (vii) By neglecting or refusing to refer the matter to the Anti-Avoidance Committee under the General Anti-Avoidance Rules pursuant to section 245 of the Act, for detailed consideration and analysis in that forum, prior to rendering a decision in response to the Ruling request, and
- (viii) By processing and approving the Ruling with extraordinary and undue haste, in order to satisfy the schedule of the applicant for the Ruling, and thereby precluding completion of a thorough internal review of all relevant aspects of the matter, and
- (ix) By issuing an erroneous Ruling in law, and
- (x) By failing to publish the Ruling forthwith, and by failing to provide all material details of the Ruling when finally publishing same in or about March 1996, and
- (xi) By failing to take all reasonable steps to protect the tax base and the practical interests of the class of plaintiffs, and
- (xii) Such further and other particulars of breach as may become known to the plaintiff after discovery.
- (c) A declaration that the Minister is obliged to utilize all available measures under the Act to collect any tax properly due and owing as a result of the transaction referenced in the 1991 Ruling, including resort to the waiver given by Family Trust pursuant to section 152(4)(a)(ii) of the Act with respect to the application of section 107(5) of the Act in the taxation year of Family Trust in which the distribution was made.
- (ii) En acceptant de rendre une décision alors que Revenu Canada croyait que la Loi ne permettait pas pareille décision favorable, ou qu'elle était ambiguë à l'égard de l'opération envisagée;
- (iii) En acceptant de rendre une décision alors que le requérant était apparemment en possession de renseignements privés, à savoir la décision de 1985, et que l'unique position publique prise par le ministre, soit l'avis de 1985, était contraire à la décision;
- (iv) En accordant à la fiducie de protection d'actifs et à la fiducie familiale un traitement de faveur au moyen d'une décision dont d'autres personnes ne pouvaient pas également se prévaloir;
- (v) En succombant aux pressions exercées par des personnes indépendantes de Revenu Canada et en annulant la position que le Ministère envisageait de prendre à l'encontre d'une décision favorable;
- (vi) En rendant une décision se rapportant à un marché conclu avec une partie privée, composé d'un engagement et d'une renonciation, et en autorisant ainsi une opération qui se soustrayait à l'esprit de la Loi;
- (vii) En négligeant ou en refusant de renvoyer l'affaire au comité anti-évitement conformément à l'article 245 de la Loi, en vue d'un examen et d'une analyse approfondis, avant de rendre une décision en réponse à la demande;
- (viii) En traitant et en approuvant la décision d'une façon extraordinairement et indûment hâtive, afin de respecter le calendrier du requérant aux fins de la décision, et en empêchant ainsi la tenue d'un examen interne approfondi de l'affaire sous tous ses aspects;
- (ix) En rendant une décision erronée en droit;
- (x) En omettant de publier la décision immédiatement et en omettant de fournir tous les renseignements importants figurant dans la décision lorsqu'il l'a finalement publiée en mars 1996 ou vers le mois de mars 1996;
- (xi) En omettant de prendre toutes les mesures raisonnables pour protéger l'assiette de l'impôt et les intérêts pratiques de la catégorie de demandeurs; et
- (xii) En manquant aux autres obligations dont le demandeur prendra connaissance au moment de l'interrogatoire préalable.
- c) Une déclaration portant que le ministre est tenu de prendre toutes les mesures possibles en vertu de la Loi pour percevoir tout impôt qui est à juste titre exigible par suite de l'opération mentionnée dans la décision de 1991, notamment le recours à la renonciation donnée par la fiducie familiale conformément au sous-alinéa 152(4)a(ii) de la Loi à l'égard de l'application du paragraphe 107(5) dans l'année d'imposition de la fiducie familiale où l'attribution a eu lieu.

[11] The defendants challenge this Court's jurisdiction to adjudicate such a claim, which, they say ought to have been brought under *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] subsections 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and (3) [as am. *idem*]. Of course, the extraordinary remedies available through judicial review pursuant to subsections 18(3) and 18.1(1) [as enacted *idem*, s. 5] and (3) [as enacted *idem*] cannot be invoked against the Crown, because it is no "federal board, commission or other tribunal" as defined in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act. Can it be, then, that the Crown is immune from an action for a declaration, in one proceeding along with a Crown Minister? That will be so if the *Federal Court Act* and other federal statutes make no other provision.

[12] Section 17 [as am. *idem*, s. 3] of the Court's statute provides for "relief . . . against the Crown", and the plaintiff invokes subsection 17(1) and paragraph 17(5)(b), which are adequate to support the prosecution of the plaintiff's claims against the Crown and its ministers and servants, if there be a cause of action cognizable by this Court. Those provisions are:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Trial Division has concurrent original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown.

...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

...

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

[13] In the case of *Pica (F and A) v. The Queen*, [1985] 1 CTC 160, this Court in similar circumstances found jurisdiction through subsection 17(1) [*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp), c. 10], at page

[11] Les défendeurs ont contesté la compétence de la Cour de statuer sur une demande de cette nature qui, selon eux, aurait dû être déposée en vertu des paragraphes 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18(3) [mod., *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Évidemment, les recours extraordinaires pouvant être exercés au moyen d'une demande de contrôle judiciaire présentée conformément au paragraphe 18(3) et aux paragraphes 18.1(1) [édicte, *idem*, art. 5] et (3) [édicte, *idem*] ne peuvent l'être contre la Couronne car elle n'est pas un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi. Est-ce donc à dire que, dans le cadre d'une instance mettant en cause l'un de ses ministres, la Couronne jouit de l'immunité contre une action pour jugement déclaratoire? Tel sera le cas s'il n'existe aucune disposition à l'effet contraire dans la *Loi sur la Cour fédérale* ou dans les autres lois fédérales.

[12] L'article 17 [mod., *idem*, art. 3] de la loi habilitante de la Cour prévoit les cas de demandes de «réparation contre la Couronne», et le demandeur s'appuie sur le paragraphe 17(1) et l'alinéa 17(5)b), qui suffisent pour fonder l'instruction des demandes qu'il a déposées contre la Couronne, ses ministres et ses préposés, dans la mesure où il existe une cause donnant ouverture à la compétence de la Cour. Ces dispositions prévoient:

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

[. . .]

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

[. . .]

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

[13] Dans l'affaire *Pica (F et A) c. La Reine*, [1985] 1 CTC 160, cette Cour, étant saisie de faits similaires, a conclu que le paragraphe 17(1) [*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] lui donnait

162, in that the plaintiff was claiming relief—declaratory relief—against the Crown, that the Minister’s certificate was without factual foundation, was made fraudulently and was without force and effect. Jerome A.C.J. declined to strike the statement of claim for either want of jurisdiction or disclosure of no cause of action. He quoted Mr. Justice Mahoney on the latter issue in *Usarco Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 763 (T.D.), at page 768 thus:

Assuming, as I must, all of the allegations of fact in the statement of claim to be true, the inferences the plaintiffs invite are, firstly, that Giles must have had all the evidence he ever had not later than May 1978, and, secondly, that he, standing in the Minister’s shoes, could not truthfully certify that it had come to the Minister’s attention in June, and that his untruthful certification was fraudulent. Notwithstanding counsel’s indignation that such a proposition should be advanced by the plaintiffs, much less entertained by the Court, I cannot agree that, on the facts alleged, those inferences are so far-fetched as to support a summary finding that the statement of claim ought to be struck out as disclosing no reasonable cause of action.

Here the plaintiff is not alleging fraud.

[14] In the case of *Ressources Orco Inc. et al. v. The Queen* (1994), 94 DTC 6642 (F.C.T.D.), Mr. Justice Noël granted an application to strike out a statement of claim under former paragraphs 419(1)(a), (c) and (f) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The action was for a declaration as to the interpretation and application of certain provisions of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. However, he noted that one of the reasons not to strike out the pleading was that no lower courts had those issues before them, as is so in Mr. Harris’ present case. Noël J. noted that [at page 6644] “the Supreme Court of Canada has on several occasions held that when a disputed point is before a lower court, there is no basis for a declaratory action”. This action is said by both sides to be unique, and so, on that basis, it does not come under the above stricture, and can be permitted to live.

compétence (à la page 162) puisque la partie demanderesse tentait d’obtenir contre la Couronne une réparation sous forme d’un jugement déclarant que la délivrance du certificat du ministre ne reposait sur aucun fait, que cette délivrance avait été faite de façon frauduleuse et qu’elle était nulle. Le juge en chef adjoint Jerome a refusé de radier la déclaration, que ce soit au motif de défaut de compétence ou au motif que la demande ne laissait voir aucune cause d’action. Sur cette dernière question, il a cité l’extrait suivant des motifs du juge Mahoney dans *Usarco Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 763 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 768:

En tenant, comme je dois le faire, pour vrais tous les faits allégués dans la déclaration, il s’ensuivrait, selon les déductions des demandeurs, qu’en premier lieu, Giles doit avoir été en possession de tous les éléments de preuve qu’il a pu réunir pas plus tard qu’en mai 1978, et qu’en second lieu, agissant à la place du Ministre, il ne pouvait pas sincèrement attester que ces éléments de preuve étaient venus à la connaissance de ce dernier en juin ce qui rend son attestation mensongère frauduleuse. Bien que l’avocat s’indigne de ce que ces allégations puissent être faites par les demandeurs et entendues par la Cour, je ne saurais, à la lumière des faits avancés, accueillir l’argument voulant que ces conclusions soient si excessives qu’il y aurait lieu de statuer sommairement que la déclaration doit être rejetée pour absence de cause raisonnable d’action.

En l’espèce, le demandeur n’a pas allégué la fraude.

[14] Dans *Ressources Orco Inc. et al. c. La Reine* (1994), 94 DTC 6642 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Noël a accueilli une demande de radiation de la déclaration en vertu des alinéas 419(1)a), c) et f) des anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. L’action visait l’obtention d’un jugement déclaratoire relatif à l’interprétation et à l’application de certaines dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63]. Cependant, il a souligné que l’une des raisons militant à l’encontre de la radiation de l’acte de procédure était qu’aucune cour d’instance inférieure n’était saisie de ces questions, comme c’est le cas en ce qui concerne M. Harris dans la présente affaire. Le juge Noël a souligné que [à la page 6644] «[n]otre Cour suprême a, à plusieurs reprises, décidé qu’il n’y avait pas ouverture à un jugement déclaratoire lorsque la question en litige a été confiée à un tribunal inférieur». Les deux parties ont prétendu que la présente action était unique, de sorte que, pour cette

[15] Nevertheless at one point in his oral argument, the defendants' counsel indicated that he was not disputing that there is a justiciable issue about the interpretation of the Act, but not one, he averred, which a too-remote, public interest plaintiff can raise.

[16] The defendants' counsel accorded much emphasis to the Supreme Court's judgment in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at pages 251-252, on the issue of standing to litigate. Especially:

The question of standing was first reviewed in the post-*Charter* era in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. In that case Le Dain J. speaking for the Court, extended the scope of the trilogy and held that courts have a discretion to award public interest standing to challenge an exercise of administrative authority as well as legislation. He based this conclusion on the underlying principle of discretionary standing which he defined as a recognition of the public interest in maintaining respect for "the limits of statutory authority".

The standard set by this Court for public interest plaintiffs to receive standing also addresses the concern for the proper allocation of judicial resources. This is achieved by limiting the granting of status to situations in which no directly affected individual might be expected to initiate litigation. In *Finlay, supra*, it was specifically recognized that the traditional concerns about widening access to the courts are addressed by the conditions imposed for the exercise of judicial discretion to grant public interest standing set out in the trilogy. Le Dain J. put it in this way, at p. 631:

. . . the concern about the allocation of scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody; the concern that in the determination of issues the courts should have the benefit of the contending points of view of those most directly affected by them; and the concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. These

raison, elle ne tombe pas sous l'application de la restriction susmentionnée et qu'il faut lui permettre de se poursuivre.

[15] D'ailleurs, à un certain moment au cours de sa plaidoirie, l'avocat des défendeurs a signalé qu'il ne contestait pas l'existence d'une question contentieuse relativement à l'interprétation de la Loi, mais il a fait valoir que cette question ne pouvait être soulevée par un demandeur d'intérêt public qui n'a pas d'intérêt direct.

[16] L'avocat des défendeurs a beaucoup insisté sur l'arrêt de la Cour suprême *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, aux pages 251 et 252, relativement à la question de la qualité pour intenter des procédures, et, notamment, sur l'extrait suivant:

Après l'adoption de la *Charte*, c'est dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, que la question de la qualité pour agir a été examinée pour la première fois. Dans cet arrêt, le juge Le Dain, au nom de la Cour, a élargi la portée de la trilogie et statué que les tribunaux peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour contester un exercice de l'autorité administrative aussi bien qu'un texte de loi. Il a fondé cette conclusion sur le principe sous-jacent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la qualité pour agir, qu'il définit comme une reconnaissance de l'intérêt public dans le maintien et le respect des «limites de l'autorité législative».

Le critère énoncé par notre Cour quant à la reconnaissance de la qualité pour agir à des parties d'intérêt public tient également compte de la question de l'affectation judicieuse des ressources judiciaires. À cette fin, le tribunal limite la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite. Dans l'arrêt *Finlay*, précité, on a spécifiquement reconnu que les préoccupations traditionnelles concernant l'élargissement de l'accès aux tribunaux trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public, exposés dans la trilogie. Le juge Le Dain s'exprime ainsi, à la p. 631:

[. . .] la crainte d'une dissipation des ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête; la préoccupation des tribunaux, quant ils statuent sur des points litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vues et la préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du



concerns are addressed by the criteria for the exercise of the judicial discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration that were laid down in *Thorson, McNeil and Borowski*.

This decision, written for the Supreme Court by Mr. Justice Cory, teaches further [at pages 252-253]:

It is essential that a balance be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by a well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important. It would be detrimental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants.

The whole purpose of granting status is to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. The granting of public interest standing is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measures will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court need not and should not be expanded. The decision whether to grant status is a discretionary one with all that that designation implies. Thus undeserving applications may be refused. Nonetheless, when exercising the discretion the applicable principles should be interpreted in a liberal and generous manner.

[17] Mr. Justice Cory established three criteria for judging when and where public interest standing ought to be granted. He first included the immunization of public acts from challenge. That, for purposes of the *Canadian Council of Churches* reasons, he narrowed down to legislation's immunization from challenge does not at all imply that Cory J. abandoned the inclusion of "public acts". In the case at bar the challenge indeed is not against legislation but rather against acts of the administration, specifically officials of the federal Department of Finance, Revenue and Justice as related in paragraphs 29(1) to (19) and 30(1) through (5) and 31, 32 and 33 of the statement of claim.

[18] It can obviously be observed, and this Court finds that "no directly affected individual might be

gouvernement. Ces préoccupations trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour demander dans l'intérêt public un jugement déclaratoire, que les arrêts *Thorson, McNeil et Borowski* exposent.

Cet arrêt, rédigé au nom de la Cour suprême par le juge Cory, établit en outre que [aux pages 252 et 253]:

Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. La décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire avec tout ce que cette désignation implique. Les demandes sans mérite peuvent donc être rejetées. Néanmoins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple.

[17] Le juge Cory a établi trois critères pour déterminer quand la qualité pour agir dans l'intérêt public doit être reconnue. Il a tout d'abord établi qu'il fallait empêcher que les actes publics soient à l'abri des contestations. Le fait que le juge Cory s'en soit tenu, pour les fins des motifs de l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, à la question d'empêcher que la loi soit à l'abri des contestations ne laisse pas du tout entendre qu'il ait abandonné sa préoccupation quant aux «actes publics». En l'espèce, la contestation porte d'ailleurs, non pas sur une loi, mais bien sur des actes de l'administration, et elle vise notamment des fonctionnaires des ministères fédéraux des Finances, du Revenu et de la Justice, comme l'exposent les paragraphes 29(1) à 29(19), 30(1) à 30(5) et 31 à 33 de la déclaration.

[18] On peut facilement se rendre compte, et la Cour conclut, «qu'aucune personne directement lésée

expected to initiate [this] litigation”, because the only directly affected individuals were accorded a mighty benefit by the departmental administrative acts which the plaintiff challenges. Without a public interest plaintiff such as this plaintiff, who is only indirectly and diffusively affected as a public-spirited taxpayer, there is no one else (apart from the Auditor General, had he the authority) who might be expected to challenge the acts complained of, by means of this, or any, litigation.

[19] The first of Mr. Justice Cory’s criteria, suitably, and appropriately modified contemplates “a serious issue raised as to the invalidity of [the favouring acts complained of] in question”. What is at stake, to be determined if possible in the action, are: (1) alleged favouritism or blundering in the administration of tax collection; and (2) a huge erosion of the national tax base. Either one of the foregoing, it is evident, is of towering seriousness, indeed of grave import in this free and democratic society. These two momentous allegations are not yet proved, but are to be taken as proved in a motion to strike the plaintiff’s statement of claim. The plaintiff has not alleged fraud or corrupt motives against the defendants’ personnel. What is alleged, as is abundantly apparent, amply satisfies the first criterion.

[20] The Minister’s contradictory January 1985 ruling and May 1985 opinion on the disposition and meaning of “taxable Canadian property” within the contemplation of paragraph 85(1)(i) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45] and subparagraph 115(1)(b)(iii) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 74] of the *Income Tax Act* as then configured, would alarm any fair-minded observer (such as is the Auditor General of Canada). Paragraph 26 of the statement of claim notes:

26. The 1985 Ruling allowing the emigration of share ownership without realization of capital gains [tax] was not

n’intentera [la présente] poursuite» car les seules personnes directement touchées ont reçu un imposant avantage du fait des actes administratifs du Ministère que le demandeur a contestés. Si ce n’est d’un demandeur d’intérêt public, comme le demandeur en l’espèce qui n’est touché que de manière indirecte et vague en tant que contribuable soucieux de l’intérêt public, on ne peut s’attendre à ce que quelqu’un d’autre (à l’exception du vérificateur général, s’il en a le pouvoir) conteste les actes reprochés au moyen des présentes (ou d’autres) procédures.

[19] Le premier critère énoncé par le juge Cory, les adaptations nécessaires y étant apportées, doit permettre de déterminer si «la question de l’invalidité [des actes de favoritisme visés] se pose [. . .] sérieusement». Ce qu’il importe de décider, le cas échéant, dans le cadre de l’action est de savoir si l’on est en présence: 1) de favoritisme ou de négligence dans l’administration de la perception des impôts; 2) d’une érosion massive de l’assiette fiscale nationale. Il est clair que, dans un cas comme dans l’autre, il s’agit d’une question d’une gravité extrême, qui revêt d’ailleurs une importance fondamentale dans notre société libre et démocratique. Ces deux allégations capitales ne sont pas encore prouvées, mais elles doivent être considérées comme l’étant dans le cadre de la requête en radiation de la déclaration du demandeur. Le demandeur n’a pas allégué de fraude ou de motifs frauduleux contre le personnel des défendeurs. Il apparaît clairement que ce qui est allégué répond amplement au premier critère.

[20] La décision de janvier 1985 du ministre et son opinion contradictoire de mai 1985 à l’égard de la signification de «bien canadien imposable», au sens de l’alinéa 85(1)*i*) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45] et du sous-alinéa 115(1)*b*)(iii) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 74] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, compte tenu de la forme que ces dispositions avaient à l’époque, inquiéteraient tout observateur n’ayant aucun parti pris (comme l’est le vérificateur général du Canada). Au paragraphe 26 de la déclaration, il est souligné que:

[TRADUCTION]

26. La décision de 1985 permettant le transfert à l’étranger de la propriété d’actions sans qu’aucun [impôt sur le] gain

published by the Minister, whereas the [later] 1985 Opinion denying this favourable treatment was made public by the Minister.

In this proceeding the above allegations are deemed to be absolutely true. So, a secret deal to and with favoured should-be taxpayers, carried with it next time a public stance forbidding others from reaping the same benefits in the same circumstances. The fair-minded objective observer must surely smell, at least, grave maladministration here. Is this ever a serious issue or two raised by the plaintiff, apart even from the whopping sums thereby lost to the revenue of Canada! One may imagine the benefit to the country and to national programs such sums could have contributed.

[21] Has the plaintiff demonstrated a genuine interest? That is absolutely beyond any doubt. The defendants' attitude—and, indeed, argument—is that this citizen and taxpayer is a nobody. By that medieval, aristocratic cast of thinking this free and democratic society founded on equality of civil rights and the rule of law belongs not to the people—the electorate and the taxpayers—but to the mandarins and the bureaucracy. They would have the plaintiff just pay his taxes and be quiet. The defendants' counsel seemed to concede to public-spirited individuals the right to public interest standing in environmental causes, but in tax cases? Never! Let no one, according to the Minister of National Revenue, assert that the Minister has any fiduciary duty to taxpayers. What a novel claim! Lord Scarman's view expressed in *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.), is not the law of England nor yet the law of Canada, aver the defendants. It cannot have escaped notice that the manner in which governmental power wielders conduct affairs of State, are subject to very different constitutional imperatives in the two countries. Canada's written imperatives should be, indeed, are, the more liberal toward the alleged "nobodies". Lord Scarman's text is too long to reproduce here in full, but its Canadian flavour is manifest despite its

en capital ne soit exigé n'a pas été publiée par le ministre, tandis que l'opinion [subséquente] de 1985 refusant ce traitement favorable a été rendue publique par le ministre.

Dans le cadre de la présente instance, les allégations susmentionnées sont présumées vraies en tous points. Ainsi, une entente secrète, qui a été conclue avec un groupe de personnes théoriquement contribuables et les favorisant, devait être suivie d'une prise de position publique empêchant les autres se trouvant dans la même situation de profiter des mêmes avantages. L'observateur objectif, qui n'a aucun parti pris, doit sûrement flairer, à tout le moins, de l'existence d'un cas grave de mauvaise administration. Le demandeur ne soulève-t-il pas là une ou deux questions sérieuses, abstraction faite même des sommes énormes ainsi perdues à titre de recettes fiscales pour le Canada! On peut imaginer à quel point le pays et les programmes nationaux auraient bénéficié de l'apport de telles sommes.

[21] Le demandeur a-t-il démontré un intérêt véritable? Cela ne fait absolument aucun doute. L'attitude—et, d'ailleurs, l'argument—des défendeurs est que ce citoyen et contribuable est un moins que rien. En vertu de cette façon de penser moyenâgeuse et aristocratique, cette société libre et démocratique, fondée sur les principes de l'égalité des droits civils et de la primauté du droit, n'appartient pas au peuple—l'électorat et les contribuables—mais bien aux mandarins et à la bureaucratie. Ils aimeraient bien que le demandeur se contente de payer ses impôts et se tienne tranquille. L'avocat des défendeurs a semblé admettre que des personnes ayant à cœur l'intérêt public aient le droit de se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public en matière d'environnement. Mais en matière fiscale? Jamais! Selon le ministre du Revenu national, il est hors de question de laisser qui que ce soit faire valoir que le ministre a un quelconque devoir fiduciaire envers les contribuables. Quelle prétention nouvelle! L'opinion que lord Scarman a exposée dans *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.), n'est pas l'expression du droit anglais, et encore moins du droit canadien, affirment les défendeurs. On ne peut pas ne pas avoir remarqué que la façon dont les détenteurs du pouvoir gouvernemental mènent les affaires de l'État

English environment. He wrote (at page 112):

In the *Arsenal* case [1977] 2 All ER 267 at 272, [1979] AC 1 at 17 Lord Wilberforce commented, admittedly in the context of rates but in terms which cannot rationally exclude a taxpayer, that "To produce a sense of justice is an important objective of taxation policy". In *Vestey v Inland Revenue Comrs* [1977] 3 All ER 1073 at 1098, [1979] Ch 177 at 197, [1977] STC 414 at 439 Walton J said that it is in 'the interest not only of all individual taxpayers . . . but also in the interests of the Revenue . . . that the tax system should be fair', and in *Vestey v Inland Revenue Comrs (No 2)* [1979] 2 All ER 225 at 234, [1979] Ch 198 at 204, [1978] STC 567 at 575 that—

'even if, contrary to my views, extra-statutory concessions are permissible and do form part of our tax code, nevertheless they do represent a published code, which applies indifferently to all those who fall, or who can bring themselves, within its scope.'

In the same case, when it reached the House, Lord Edmund-Davies, speaking of the House's decision in *Congreve v Inland Revenue Comrs* [1948] 1 All ER 948, 30 Tax Cas 163, said ([1979] 3 All ER 976 at 1003, [1980] AC 1148 at 1196, [1980] STC 10 at 37):

'But if it be permitted to stand, we have the deplorable situation that the Inland Revenue can *capriciously* select which of several beneficiaries they are going to tax . . . ' (My emphasis.)

The duty of fairness as between one taxpayer and another is clearly recognised in these (and other passages) in the modern case law. Is it a mere moral duty, a matter for policy but not a rule of law? If it be so, I do not understand why distinguished judges allow themselves to discuss the topic: they are concerned with law, not policy. And is it acceptable for the courts to leave matters of right and wrong, which give rise to genuine grievance and are justiciable in the sense that they may be decided and an effective remedy provided by the courts, to the mercy of policy? Are we in the twilight world of 'maladministration' where only Parliament and the ombudsman may enter, or on the commanding heights of the law? The courts have a role, long established, in the public law. They are available to the

est assujettie à des impératifs constitutionnels très différents dans les deux pays. Les impératifs écrits du Canada devraient être, et sont effectivement, plus libéraux envers les présumés «moins que rien». Ce texte de lord Scarman est trop long pour être reproduit ici en entier, mais sa saveur canadienne est manifeste malgré son environnement anglais. Il a écrit (à la page 112):

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Arsenal* [1977] 2 All ER 267, à la page 272, [1979] AC 1, à la page 17, lord Wilberforce a fait remarquer, dans un contexte de taux, il est vrai, mais dans des termes qui ne peuvent logiquement exclure un contribuable, que «Créer un sentiment de justice est un objectif important de la fiscalité». Dans *Vestey v Inland Revenue Comrs* [1977] 3 All ER 1073, à la page 1098, [1979] Ch 177, à la page 197, [1977] STC 414, à la page 439, le juge Walton a dit qu'il est dans «l'intérêt, non seulement de l'ensemble des contribuables [. . .], mais aussi dans l'intérêt du ministère du Revenu [. . .] que le système fiscal soit équitable», et, dans *Vestey v Inland Revenue Comrs (No 2)* [1979] 2 All ER 225, à la page 234, [1979] Ch 198, à la page 204, [1978] STC 567, à la p. 575, il a dit que:

«même si, contrairement à mon opinion, les concessions extra-législatives sont admissibles et font partie de notre code fiscal, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent un code publié, qui s'applique indistinctement à tous ceux qui y sont assujettis ou qui peuvent s'en réclamer.»

Dans la même affaire, mais au niveau de la Chambre, lord Edmund-Davies, traitant de la décision rendue par la Chambre dans *Congreve v Inland Revenue Comrs* [1948] 1 All ER 948, 30 Tax Cas 163, a dit ([1979] 3 All ER 976, à la page 1003, [1980] AC 1148, à la page 1196, [1980] STC 10, à la page 37):

«Mais si nous en acceptons la validité, nous nous retrouvons avec la situation déplorable où le Inland Revenue peut *arbitrairement* choisir les bénéficiaires qu'il imposera [. . .]» (Non souligné dans l'original.)

L'obligation d'équité envers les contribuables, les uns par rapport aux autres, est clairement reconnue en jurisprudence contemporaine, comme en font foi ces extraits (et d'autres). S'agit-il d'une simple obligation morale, d'une question de politique générale, mais non pas d'une règle de droit? Si c'est le cas, je ne comprends pas pourquoi des juges réputés se permettent d'en parler: leur préoccupation est le droit, et non les questions de politique générale. Et, est-ce qu'il est acceptable pour les tribunaux de laisser des questions relatives à ce qui est juste ou non à la merci de la politique générale, alors qu'elles donnent naissance à des griefs légitimes qui sont contentieux, dans le sens que les tribunaux peuvent en décider et ordonner un redressement exécutoire? Sommes-nous dans la zone grise de la «mau-

citizen who has a genuine grievance if he can show that it is one in respect of which prerogative relief is appropriate. I would not be a party to the retreat of the courts from this field of public law merely because the duties imposed on the Revenue are complex and call for management decisions in which discretion must play a significant role.

In 1981, when the above words were penned, not even Canadian judges had in their nostrils the sweet aroma of written constitutional imperatives, such as: the rule of law, equality of rights, and Parliament subject to the stricture of enacting only such reasonable limits on the individual's rights and freedoms "as can be demonstrably justified in a free and democratic society". A free and democratic society has a substantive purpose. It describes in Canada such a society which belongs to the people. Such a society is not one in which the government should be permitted to make whacking big tax concessions to the benefit of a few and to the detriment of many, who like good little serfs must just shut up and raise no complaint against their betters.

[22] Mr. Harris, the plaintiff herein, is a citizen of Canada. Like the few who received the favourable treatment he is a taxpayer, but unlike them he pays all his taxes for he has no benefit of a favourable dispensation. Mr. Harris brings this action on behalf of all of his fellow taxpayers, except the favoured few, for the few will never be heard to complain about the official favoritism. Paragraphs 5 through 23 of the statement of claim set out the facts relating to the plaintiff's standing. He is an employed taxpayer. Since 1991, Mr. Harris had been a member of an unincorporated organization known as "CHO!CES—A Coalition for Social Justice", and during the year starting in October 1995, he was one of its two Co-Chairpersons. Now, whether membership in CHO!CES would be to every public-spirited person's taste, is utterly beside the point, because it appears that CHO!CES concerns itself, most seriously, with matters as diverse as child poverty and (not unrelated) fair taxation, all as

vaise administration», où seuls le Parlement et le Protecteur du citoyen peuvent entrer, ou dans une position supérieure du droit? Les tribunaux ont un rôle, bien établi, à jouer en matière de droit public. Le citoyen qui a un grief légitime peut s'adresser à eux s'il démontre qu'il s'agit d'un grief pour lequel une réparation extraordinaire est appropriée. Je ne suis pas un partisan du retrait des tribunaux de ce domaine de droit public sous prétexte que les obligations imposées au ministère du Revenu sont complexes et nécessitent la prise de décisions administratives pour lesquelles il faut accorder une grande marge de manœuvre.

Quand le texte susmentionné a été rédigé en 1981, même les juges canadiens ne pouvaient humer le doux parfum d'impératifs constitutionnels écrits comme la primauté du droit, le droit à l'égalité ainsi que l'obligation faite au législateur de n'édicter quant aux droits et libertés individuels que des limites qui soient raisonnables et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Les mots société libre et démocratique ont un sens réel. Ils veulent dire que, au Canada, cette société repose sur le peuple. Une telle société n'est pas de celle où il devrait être permis au gouvernement de faire de colossales concessions fiscales à l'avantage de quelques privilégiés et au détriment de la masse des gens, qui, comme de bons petits serfs, doivent seulement se taire et ne formuler aucune plainte contre leurs supérieurs.

[22] M. Harris, le demandeur en l'espèce, est un citoyen du Canada. Comme les quelques privilégiés qui ont reçu le traitement favorable, il est un contribuable, mais, contrairement à eux, il paie tous ses impôts puisqu'il ne bénéficie d'aucun traitement de faveur. M. Harris intente la présente action au nom de l'ensemble des autres contribuables, sauf les quelques privilégiés, que l'on n'entendra jamais se plaindre du favoritisme officiel. Les paragraphes 5 à 23 de la déclaration exposent les faits relatifs à la qualité pour agir du demandeur. Ce dernier est un contribuable qui travaille. Depuis 1991, M. Harris est membre d'un organisme non incorporé connu sous le nom de «CHO!CES—A Coalition for Social Justice», et, pendant un an, à compter d'octobre 1995, il en a été l'un des deux coprésidents. En l'espèce, la question de savoir si le fait d'être membre de CHO!CES sourirait à toute personne ayant à cœur l'intérêt public n'est aucunement pertinente car il apparaît que CHO!CES

described in the statement of claim's paragraphs 7, 8 and 9. What more can be expected of the plaintiff in order to satisfy the second criterion?

[23] There is one extraneous matter which adds weight and substance to the plaintiff's qualifications in this action. His posture is supported entirely by the Auditor General's 1996 report to the House of Commons, as described in pertinent detail in paragraphs 11, 12 and 13 of the statement of claim.

[24] This Court finds that the plaintiff has evinced sufficient "interest" in the subject-matter of this action to qualify him to conduct it. No human administration likes to be held accountable for its failure, such as is alleged in this action. But the administration, nay, the whole government of the nation "belongs" to the people; it is not the other way around. All of the taxpayers (except the favoured few) are surely a sufficiently interested class of the people whom the taxpayer represents for the purposes of this litigation, under the rule of law, in a free and democratic society, which is Canada. The plaintiff evinces standing here.

[25] The third criterion expressed by Cory J. for the Supreme Court in the seminal case of *Canadian Council of Churches* is whether there be another reasonable and effective way to bring the issue before the Court? How could there be? The favoured few cannot be expected to wish to have this matter litigated against their specially cosseted interests. Who else? The Attorney General, a member of the government? No. Only other taxpayers who bear a proportionately heavier burden of taxation to meet the country's expenses would be, and are, the natural plaintiffs. The action is already instituted on their behalf. No other reasonable and effective way to bring the issue before the Court has been suggested, and in the circumstances of this case, the Court finds that

s'occupe avec le plus grand sérieux de questions aussi diverses que la pauvreté chez les enfants et (ce qui n'est pas sans rapport) l'équité fiscale, comme l'expose en détail les paragraphes 7, 8 et 9 de la déclaration. Que demander de plus de la part du demandeur pour que celui-ci soit considéré comme satisfaisant au deuxième critère?

[23] Il y a un élément extérieur qui ajoute du poids et de la matière aux qualifications du demandeur dans la présente action. Sa position est entièrement soutenue par le rapport de 1996 du vérificateur général à la Chambre des Communes, les éléments pertinents de ce rapport étant exposés aux paragraphes 11, 12 et 13 de la déclaration.

[24] La Cour conclut que le demandeur a démontré un «intérêt» suffisant dans l'objet de la présente action qui le qualifie pour la conduite de cette dernière. Aucune administration humaine n'aime être tenue responsable pour son manquement, comme cela est allégué dans la présente action. Mais l'administration, voire l'ensemble du gouvernement de la nation «appartient» au peuple, et non l'inverse. L'ensemble des contribuables (à l'exception des quelques privilégiés) constituent certes une catégorie de gens suffisamment intéressés que le contribuable représente aux fins du présent litige, en vertu de la primauté du droit dans la société libre et démocratique qu'est le Canada. En l'espèce, le demandeur a démontré sa qualité pour agir.

[25] Le troisième critère énoncé par le juge Cory, au nom de la Cour suprême, dans le précédent *Conseil canadien des Églises*, est de savoir s'il y a une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour. Comment pourrait-il y en avoir une? On ne peut s'attendre à ce que les quelques privilégiés souhaitent qu'un tribunal tranche cette affaire d'une façon défavorable aux intérêts particuliers qu'ils se sont ménagés. Qui d'autre? Le procureur général, qui est membre du gouvernement? Non. Seuls les autres contribuables, qui supportent un fardeau fiscal proportionnellement plus élevé pour couvrir les dépenses du pays, peuvent être, et sont, les demandeurs naturels. L'action est déjà prise en leur nom. On n'a pas donné à entendre qu'autre manière raisonnable et efficace de

there is none.

[26] The three criteria posited by Cory J. writing for the Supreme Court of Canada in the *Canadian Council of Churches* case are satisfied in this case.

[27] This Court has derived much support in reaching the conclusions herein from the words of Mr. Justice Le Dain in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, in regard to the issue of standing in a non-constitutional challenge to maladministration on the government bureaucracy's part. The defendants' counsel cited *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, but also noted so many points of distinction as to make it not worthwhile to invoke in the present case at bar. On the other hand, the plaintiff's counsel emphasized *Cohen (N) v. The Queen*, [1980] CTC 318 (F.C.A.), for the principle that the Minister of National Revenue has a statutory duty to assess the amount of tax payable according to law; and any agreement to do otherwise would be an illegal agreement.

[28] The defendants' counsel also asserted that this action cannot be allowed to proceed because it will conflict with the confidentiality of taxpayers' papers and identities required by law. There is not enough merit in this argument to sustain it. The plaintiff pleads that he does not know the identity of the favoured ones. However, a review of the statement of claim demonstrates that enough is known of the circumstances in the public domain to permit easily the trial of an action for a judicial declaration. No doubt the public records of the Auditor General's office can be enlisted, and certainly his report is a matter of public record. The parties should be able to conduct the litigation properly and effectively without breaching the favoured few's or any other taxpayers' confidentiality.

soumettre la question à la Cour existait, et, vu les faits de la présente affaire, la Cour n'en trouve aucune.

[26] Les trois critères énoncés par le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, ont tous été respectés en l'espèce.

[27] Pour arriver aux présentes conclusions, la Cour s'est beaucoup inspirée de l'opinion exprimée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, au sujet de la question de la qualité pour agir dans le cadre d'une contestation non constitutionnelle ayant trait à une mauvaise administration de la part de la bureaucratie gouvernementale. L'avocat des défendeurs a renvoyé à l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, mais il a aussi fait remarquer tant d'éléments de distinction qu'il devenait inutile d'invoquer cet arrêt en l'espèce. D'autre part, l'avocat du demandeur a insisté sur l'arrêt *Cohen (N) c. La Reine*, [1980] CTC 318 (C.A.F.), en ce qui a trait au principe que la loi impose au ministre du Revenu national l'obligation de cotiser le montant de l'impôt payable en conformité avec ses dispositions et que toute entente à l'effet contraire serait illégale.

[28] L'avocat des défendeurs a également affirmé que la poursuite de la présente action ne pouvait être autorisée car cela irait à l'encontre de la confidentialité que la loi exige à l'égard des documents produits par les contribuables et de leur identité. Cet argument n'est pas suffisamment fondé. Le demandeur a plaidé qu'il ne connaissait pas l'identité des privilégiés. Toutefois, l'examen de sa déclaration montre que suffisamment de faits font partie du domaine public pour qu'il soit aisé de statuer sur une action en jugement déclaratoire. Il ne fait aucun doute que les dossiers publics du vérificateur général peuvent être invoqués, et il est certain que son rapport est un document public. Les parties devraient pouvoir faire en sorte que le litige se déroule de façon appropriée et efficace sans qu'il soit porté atteinte à la confidentialité due aux quelques privilégiés ou à quelque autre contribuable.

[29] In consequence of all of the foregoing and especially of the constitutional light which must brighten the shadowed recesses of government since 1982, the Court will permit the action to continue as commenced by the impugned statement of claim. The order and reasons of December 31, 1997 rendered by the learned Associate Senior Prothonotary will be set aside and the defendants will be accorded the span of 35 juridical days after receiving notice of this decision, within which to file their statement of defence. Costs herein are payable by the defendants to the plaintiff forthwith after assessment (or agreement of the parties).

[29] Vu l'ensemble de ce qui précède, notamment la lumière constitutionnelle qui doit éclairer, depuis 1982, les recoins sombres du gouvernement, la Cour permet la poursuite de l'action à partir de la déclaration introductive d'instance contestée. L'ordonnance et les motifs prononcés le 31 décembre 1997 par le protonotaire adjoint sont annulés, et un délai de trente-cinq jours juridiques à compter de la réception de la présente décision est accordé aux défendeurs pour le dépôt de leur défense. Les dépens de la présente instance sont payables par les défendeurs au demandeur dès la taxation (ou après entente entre les parties).



T-2416-97

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (Plaintiff)**

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship *Nel* and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**

**INDEXED AS: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND *v.* NEL (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, December 18 and 30, 1998.

*Evidence — Motion to allow plaintiff to rely, as evidence, on documents, not appended to affidavits, it has produced at request of various claimants to sale proceeds of ship at or following cross-examination of plaintiff's witness — Documents merely produced to and examined by counsel do not form part of evidence of case, but should counsel for claimants who cross-examined plaintiff's deponent wish to rely upon any document in package or set, then necessarily related documents in package or set may be relied upon by plaintiff.*

*Practice — Variation of time — Motion to file supplemental affidavit of claim to update balance owing on claim in matter of priorities to sale proceeds of ship — To extend time for filing more affidavit material contrary to Federal Court r. 492(2) and F.C.A. view stated in National Bank of Greece S.A. *v.* Macoil Inc. — R. 55 ought not to be used to amend r. 492(2), remove time bar — Furthermore, present proceeding not extraordinary case presenting special circumstances bringing it within r. 55 — Considering all circumstances, including need to move to prompt determination of entitlement to sale proceeds of ship and to bring end to legal expenses of all claimants, factors outweigh any injustice to plaintiff resulting from rejection of supplemental affidavit.*

The main proceeding concerned the determination, by motion, of priorities to the sale proceeds of the *Nel*. The plaintiff filed a motion to allow it to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants, at or following the cross-examination of one of

T-2416-97

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (demanderesse)**

c.

**Les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire *Nel* et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND *c.* NEL (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 18 et 30 décembre 1998.

*Preuve — Requête en vue d'autoriser la demanderesse à utiliser en preuve des documents, non joints à des affidavits, qu'elle a produits à la demande de différents créanciers devant se partager le produit de la vente du navire au moment du contre-interrogatoire de son témoin ou après — Les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve, mais si l'avocat des créanciers qui a contre-interrogé l'auteur de l'affidavit déposé au nom de la demanderesse souhaite s'appuyer sur un document faisant partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors la demanderesse peut s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires faisant partie de cette liasse ou série.*

*Pratique — Modification des délais — Requête en vue de déposer un affidavit supplémentaire de réclamation afin de mettre à jour le solde dû en vue d'établir l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du navire — Proroger le délai pour déposer d'autres affidavits est contraire à la règle 492(2) de la Cour fédérale et va à l'encontre de l'opinion de la C.A.F. énoncée dans l'arrêt National Bank of Greece S.A. *c.* Macoil Inc. — La règle 55 ne doit pas être utilisée pour modifier la règle 492(2), ni pour dispenser de l'observation du délai qui y est fixé — En outre, en l'espèce il ne s'agit pas d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour appliquer la règle 55 — Compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du navire et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la demanderesse résultant du rejet des affidavits supplémentaires.*

L'instance principale concernait la détermination, par voie de requête, de l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du *Nel*. La demanderesse a déposé une requête visant à lui permettre d'utiliser en preuve des documents qu'elle a produits à la demande de

the plaintiff's witnesses. The plaintiff also wished to file a supplemental affidavit of claim.

*Held*, the motion should be denied.

Difficulties arose with respect to the production of documents for two reasons. First, not all of the documents produced were put to the witness, yet the plaintiff now wished to rely upon some of them. Second, if the cross-examining claimants wished to rely upon certain specific documents from a package or set of documents requested from and produced by the plaintiff, then the plaintiff had a valid case that it was only just and proper that related documents in the bundle or set ought to be available as evidence in order that the Court might properly assess the document used by the claimant.

There is a line of cases to the effect that where a party calls for a document held by another party and then inspects that document, he or she is required to put it in as evidence if asked to do so: *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. However, there is another line of cases to the effect that under the *Federal Court Rules*, past and present, documents to be relied upon, on a motion, must be introduced by way of an affidavit, subject to other documents coming in by way of cross-examination: *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1991), 128 N.R. 75 (F.C.A.). The first solution ought to apply only if a document is placed before a trier of fact. Thus, documents merely produced to and examined by counsel do not form part of the evidence of the case, but should cross-examining counsel wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related or explanatory documents in that package or set may be relied upon by counsel for the plaintiff.

The supplemental affidavit of claim to update the balance owing on the claim should not be allowed. Subsection 492(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, like former subsection 1008(2), specifically provides that claims not filed within the time set by the Court are barred. The Federal Court of Appeal was quite adamant on this point in *National Bank of Greece S.A. v. Macoïl Inc.* A basic principle in summary judgment procedure — that no party may hold back, but rather each must put his best foot forward by producing such evidence as is reasonably available — is applicable to summary procedure for determining priorities by motion. And subsection 492(2) ought to apply to supplements to a claim, for at least one purpose of the rule is to bring to an end the making of or adding to a claim so that the business of dividing up the sale proceeds

différents créanciers au moment du contre-interrogatoire de son témoin, ou après celui-ci. La demanderesse souhaite également déposer un affidavit supplémentaire de réclamation.

*Jugement*: la requête est rejetée.

Des difficultés se posent pour deux raisons. Tout d'abord, ce ne sont pas tous les documents produits qui ont été examinés par le témoin, mais pourtant la demanderesse souhaite maintenant s'appuyer sur certains d'entre eux. Deuxièmement, si les créanciers qui ont contre-interrogé veulent s'appuyer sur certains documents précis tirés d'une liasse ou d'une série de documents que la demanderesse a produits, alors la demanderesse fait valoir à bon droit qu'il n'est que juste et approprié que les documents connexes dans la liasse ou la série de documents puissent également être utilisés comme preuve afin de permettre à la Cour d'évaluer de façon appropriée le document utilisé par un créancier.

Un certain courant jurisprudentiel soutient que, lorsqu'une partie demande un document qui est en possession d'une autre partie et qu'elle l'examine, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande: *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. Cependant, un autre courant jurisprudentiel indique qu'en vertu des *Règles de la Cour fédérale*, les anciennes comme les nouvelles, les documents sur lesquels on peut s'appuyer, dans une requête, doivent être déposés par voie d'affidavit, sous réserve d'autres documents déposés dans le cadre du contre-interrogatoire: *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1991), 128 N.R. 75 (C.A.F.). La première solution doit s'appliquer seulement si un document est déposé devant le juge des faits. Ainsi, les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve de cette partie, mais si l'avocat qui procède au contre-interrogatoire souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors l'avocat de la demanderesse pourrait s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires ou explicatifs faisant partie de cette liasse ou série.

Le dépôt de l'affidavit supplémentaire de réclamation visant à mettre à jour le solde dû sur la réclamation ne devrait pas être autorisé. Le paragraphe 492(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, comme l'ancien paragraphe 1008(2), dispose expressément qu'une fin de non-recevoir est opposée aux réclamations qui ne sont pas déposées dans les délais fixés par la Cour. La Cour d'appel fédérale a été inflexible sur ce point dans l'arrêt *National Bank of Greece S.A. c. Macoïl Inc.* L'un des principes de base de la procédure de jugement sommaire — selon lequel aucune partie ne peut demeurer inactive, mais doit plutôt présenter sa cause sous son meilleur jour — s'applique à la procédure sommaire utilisée pour déterminer l'ordre de priorité par voie de requête. Et le paragraphe 492(2) devrait s'appliquer aux documents supplémentaires ayant trait à une réclamation,

may be concluded within a reasonable time.

Rule 55 ought not to be applied to remove the subsection 492(2) time bar. First, because it ought not to be used to amend the Rules. Second, this was not an extraordinary case such that it presented special circumstances bringing it within the ambit of rule 55.

To allow in an affidavit of claim at this time, after two earlier adjournments of the priorities motion, would result in just the opposite of a most expeditious and least expensive solution. In the present instance, taking all the circumstances together, including the need to move to a prompt determination of entitlement to the sale proceeds to the *Nel* and to bring an end to the legal expenses of all of the claimants, those factors outweigh any injustice to the plaintiff. Rejection of the Bank of Scotland's proposed supplemental affidavit does not bar an updating of the Bank's claim for interest on the shortfall it is able to establish.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Evidence Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 28.  
*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663, RR. 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2), 319(2), 1008(2).  
*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*, rr. 3, 55, 363, 371, 492(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75 (F.C.A.); *Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172; *National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. No. 234 (C.A.) (QL); *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Fritz (T.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 370; (1993), 93 DTC 5132; 63 F.T.R. 110 (T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Senat v. Senat*, [1965] P. 172 (Eng.); *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633; [1972] 6 W.W.R. 254 (B.C.S.C.).

étant donné qu'au moins l'un des buts de la règle est de mettre un terme à l'ajout de documents à une réclamation de sorte que le partage du produit de la vente puisse se faire dans un délai raisonnable.

La règle 55 ne doit pas être appliquée pour dispenser de l'observation du délai fixé au paragraphe 492(2). Tout d'abord, parce qu'elle ne doit pas être utilisée pour modifier les Règles. Deuxièmement, parce qu'il ne s'agit pas d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour justifier l'application de la règle 55.

Autoriser le dépôt d'un affidavit de réclamation à l'heure actuelle, après deux ajournements de la requête visant à établir l'ordre de priorité, aboutirait à un résultat tout à fait contraire à la solution la plus juste et la plus expéditive et économique possible. En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du *Nel* et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la demanderesse. Le rejet de l'affidavit supplémentaire proposé par la Bank of Scotland n'empêche pas la mise à jour de la réclamation de la Banque au titre des intérêts courus sur les sommes qu'elle ne pourra recouvrer et qu'elle sera en mesure d'établir.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Evidence Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, ch. 28.  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663, Règles 6 (éditée par DORS/90-846, art. 2), 319(2), 1008(2).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 55, 363, 371, 492(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75 (C.A.F.); *Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172; *National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. n° 234 (C.A.) (QL); *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Fritz (T.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 370; (1993), 93 DTC 5132; 63 F.T.R. 110 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Senat v. Senat*, [1965] P. 172 (Ang.); *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633; [1972] 6 W.W.R. 254 (C.S.C.-B.).

## CONSIDERED:

*Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797.

## AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 7, Boston: Little, Brown & Co., 1978.

MOTION to allow the plaintiff to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants to the sale proceeds of a ship, at or following the cross-examination of one of the plaintiff's witnesses; and to file a supplemental affidavit. Motion denied.

## APPEARANCES:

*Peter G. Bernard* for plaintiff.  
*Louis Buteau* for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*David F. McEwen* for claimant Marine et al.  
*Jonathan S. McLean* for claimant Aktina S.A.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for claimant Marine et al.  
*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, for claimant Aktina S.A.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] HARGRAVE P.: In January 1999, there will be a hearing to determine priorities to the sale proceeds of the *Nel*. These reasons arise out of a motion to allow the plaintiff to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants, at or following the cross-examination of the plaintiff's witness, Mr. James Myles. The plaintiff also

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797.

## DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 7, Boston: Little, Brown & Co., 1978.

REQUÊTE en vue d'autoriser la demanderesse à utiliser en preuve des documents qu'elle a produits, à la demande de différents créanciers qui se partageront le produit de la vente d'un navire, au moment du contre-interrogatoire de l'un de ses témoins ou après celui-ci, et en vue de déposer un affidavit supplémentaire. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*Peter G. Bernard*, pour la demanderesse.  
*Louis Buteau*, pour la créancière Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*David F. McEwen*, pour la créancière Marine et al.  
*Jonathan S. McLean*, pour la créancière Aktina S.A.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour la créancière Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour la créancière Marine et al.  
*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, pour la créancière Aktina S.A.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: En janvier 1999, il y aura une audience afin d'établir l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du *Nel*. Les présents motifs ont trait à une requête visant à permettre à la demanderesse d'utiliser en preuve des documents qu'elle a produits à la demande de différents créanciers au moment du contre-

wishes to file a supplemental affidavit of claim.

[2] The usual procedure for the determination of priorities to sale proceeds, by motion is, in most instances, relatively straight forward. However, in this instance, there are not only many competing claims, but also a number of related ship sales in various jurisdictions, for the security for the plaintiff's loan consists of account current or running mortgages over a fleet of ships which includes the *Nel*. This has hampered the participants, for there are no pleadings, as such, leaving some counsel in quandary as to the cases they must meet.

#### Documents Not Attached to Affidavits

[3] On hearing the motion, I ruled on the first point, essentially being the ability of the plaintiff to rely upon documents, not appended to affidavits, but which had appeared during the cross-examination process by way of request and production. Difficulty arises for two reasons. First, not all of those documents produced were put to the witness, yet the plaintiff now wishes to rely upon some of them. Second, the cross-examining claimants may wish to rely upon certain specific documents from a package or set of documents requested from and produced by the plaintiff: here the plaintiff has a valid case that it is only just and proper that related documents in the bundle or set ought also to be available as evidence in order that the Court might properly assess the document used by a claimant, by also referring to supporting or explanatory material which may throw an entirely different light.

[4] Initially I felt I might be bound to apply the proposition that where a party calls for a document

interrogatoire de son témoin, M. James Myles, ou après ce contre-interrogatoire. La demanderesse souhaite également déposer un affidavit supplémentaire de réclamation.

[2] La procédure habituelle pour établir par voie de requête l'ordre des créanciers ayant droit au produit de la vente est, dans la plupart des cas, relativement simple. Toutefois, en l'espèce, il y a non seulement de nombreuses réclamations concurrentielles, mais aussi un certain nombre de ventes connexes de navires dans plusieurs ressorts, étant donné que le prêt de la demanderesse est en fait une marge de crédit garantie par une hypothèque générale sur une flotte de navires incluant le *Nel*. Cette situation n'a pas facilité la tâche des participants, étant donné qu'il n'y a pas eu d'actes de procédure comme tels, et que certains avocats se demandent quelle est la preuve réunie contre leurs clients.

#### Documents non joints aux affidavits

[3] À l'audition de la requête, j'ai tranché le premier point, portant essentiellement sur la possibilité pour la demanderesse de s'appuyer sur des documents non joints à des affidavits, mais qui ont été produits pendant le contre-interrogatoire par suite d'une demande de communication. La difficulté se pose pour deux raisons. Tout d'abord, ce ne sont pas tous les documents produits qui ont été examinés par le témoin, mais pourtant la demanderesse souhaite maintenant s'appuyer sur certains d'entre eux. Deuxièmement, les créanciers qui ont contre-interrogé voudront peut-être s'appuyer sur certains documents précis tirés d'une liasse ou d'une série de documents que la demanderesse a produits après qu'on les lui eut demandés: en l'espèce, la demanderesse fait à bon droit valoir qu'il n'est que juste et approprié que les documents connexes dans la liasse ou la série de documents devraient également pouvoir être utilisés comme preuve afin de permettre à la Cour d'évaluer de façon appropriée le document utilisé par un créancier, en faisant aussi référence à des documents explicatifs ou fournis à l'appui et qui pourraient donner un éclairage tout à fait différent à la question.

[4] Au début, j'ai pensé que je n'aurais peut-être d'autre choix que d'appliquer la proposition selon

held by another party and then inspects that document, he or she is required to put it in as evidence if asked to do so. This is set out in a passage from *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. The issue there was whether one of the petitioners might rely upon entries in an address book as corroborative evidence of adultery, for a statement admissible under the *Evidence Act, 1938* [1 & 2 Geo. 6, c. 28] could not be used as such. Counsel for the other petitioner, to whom the address book had been shown, did not object to it being entered under the *Evidence Act, 1938*, but did not call for or inspect it. He did, however, cross-examine upon the address book. The question was whether the address book was admissible, outside of the *Evidence Act, 1938*, as evidence. Sir Jocelyn Simon, President of the Probate, Divorce and Admiralty Division, sets out the law at page 177:

But Mr. Law submits that it was admissible, and indeed was admitted, under another head which did not render it inadmissible as corroboration by the statutory provision which I have just read. He says that where a document is inspected by opposing counsel in the conduct of the suit, it becomes evidence which that counsel must put in. He cited to me a decision of Wrangham J. in *Stroud v. Stroud (No. 1)* ([1963] 1 W.L.R. 1080; [1963] 3 All E.R. 539), where he himself was counsel. In my view the mere inspection of a document does not render it evidence which counsel inspecting it is bound to put in. I think that the true rules are as follows: Where a document is used to refresh a witness's memory, cross-examining counsel may inspect that document in order to check it, without making it evidence. Moreover he may cross-examine upon it without making it evidence provided that his cross-examination does not go further than the parts which are used for refreshing the memory of the witness: *Gregory v. Tavernor* ((1833) 6 C. & P. 280). But if a party calls for and inspects a document held by the other party, he is bound to put it in evidence if he is required to do so: *Wharam v. Routledge* ((1805) 5 Esp. 235). The distinction is shown clearly in the ruling of Sir Cresswell, who had, of course, great experience both in the courts of common law and in the divorce court, in *Palmer v. Maclear and M'Grath* ((1858) 1 Sw. & Tr. 149, 151). [Emphasis added.]

laquelle lorsqu'une partie demande un document qui est en possession d'une autre partie et qu'elle l'examine, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande. Cette proposition est énoncée dans un passage de *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. Dans cette affaire, il fallait décider si l'un des requérants pouvait s'appuyer sur certaines inscriptions dans un carnet d'adresses comme preuve corroborante d'adultère, étant donné qu'une déclaration admissible en vertu de la *Evidence Act, 1938* [1 & 2 Geo. 6, ch. 28] ne pouvait être utilisée à cette fin. L'avocat de l'autre requérant, à qui on avait montré le carnet d'adresses, ne s'est pas opposé à ce que ce carnet soit déposé en preuve en vertu de la *Evidence Act, 1938*, mais il ne l'avait pas demandé et ne l'avait pas examiné. Toutefois, il avait contre-interrogé un témoin au sujet de ce carnet d'adresses. La question était de savoir si le carnet d'adresses était admissible en preuve, abstraction faite de la *Evidence Act, 1938*. Sir Jocelyn Simon, président de la Division des successions et des homologations, des divorces et de l'amirauté, énonce le droit en vigueur à la page 177:

[TRADUCTION] Mais M. Law soutient que ce document était admissible, et en fait qu'il a été admis, en vertu d'une autre disposition qui ne l'exclut pas comme preuve corroborante aux termes de la disposition législative dont je viens de faire lecture. Il prétend que lorsqu'un document est examiné par l'avocat de la partie adverse pour les fins de l'instance, ce document devient un élément de preuve que l'avocat doit déposer. Il m'a référé à la décision du juge Wrangham dans l'affaire *Stroud v. Stroud (No. 1)* ([1963] 1 W.L.R. 1080; [1963] 3 All E.R. 539), dans laquelle il agissait lui-même à titre d'avocat. À mon avis, le simple examen d'un document n'en fait pas un élément de preuve que l'avocat qui l'a examiné est tenu de déposer. Je pense que les véritables règles à suivre sont les suivantes. Lorsqu'un document est utilisé pour rafraîchir la mémoire d'un témoin, l'avocat qui procède au contre-interrogatoire peut examiner ce document afin d'en vérifier le contenu, sans en faire un élément de preuve. En outre, il peut contre-interroger le témoin au sujet de ce document sans en faire un élément de preuve pourvu qu'il limite son contre-interrogatoire aux parties qui sont utilisées pour rafraîchir la mémoire du témoin: *Gregory v. Tavernor* ((1833) 6 C. & P. 280). Mais, si une partie demande un document qui est en possession de l'autre partie et qu'elle le consulte, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande: *Wharam v. Routledge* ((1805) 5 Esp. 235). La distinction est clairement indiquée dans la décision de Sir Cresswell, qui avait bien entendu une très grande expérience à la fois des cours de common law et de la cour des divorces, dans l'affaire *Palmer v. Maclear and M'Grath* ((1858) 1 Sw. & Tr. 149, 151). [Non souligné dans l'original.]

[5] The concept that a party calling for and inspecting a document is bound to put it into evidence, if required to do so, was approved by the B.C. Supreme Court in *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633, at page 635. This concept, which applies in some jurisdictions to documents produced at trial, must be distinguished in the instance of cross-examination on an affidavit related to a motion, for the Federal Court of Appeal pointed out in *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75, at page 76, that “[u]nder the **Federal Court Rules** it is necessary for an applicant to file an affidavit in support of an application if he wishes to establish facts that do not appear in the record of the court”. There is a similar passage in *Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12, a decision of C.J. Jockett, at page 16:

Statements of fact made in a notice of motion or in written argument must be established by an affidavit or affidavits filed in support of the motion as required by Rule 319(2).

Subsection 319(2) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] has its present equivalent in rule 363 [*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106] which requires that:

**363.** A party to a motion shall set out in an affidavit any facts to be relied on by that party in the motion that do not appear on the Court file.

[6] Clearly, under the *Federal Court Rules*, past and present, documents to be relied upon, on a motion, must be introduced by way of an affidavit, of course subject to other documents coming in by way of cross-examination.

[7] There is a concept which may be used to distinguish the two lines of cases, *Senat v. Senat*, on the one hand and the cases providing a gloss on what is now rule 363, on the other hand, which concept I adopt from the submissions of Mr. McEwan. It is that only if a document is placed before a trier of fact

[5] Le concept selon lequel une partie qui demande un document pour en faire l'examen est tenue de le déposer en preuve, si on lui en fait la demande, a été approuvé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633, à la page 635. Ce concept, qui s'applique dans certains ressorts à des documents produits à l'instruction, doit faire l'objet d'une distinction dans le cas d'un contre-interrogatoire sur un affidavit ayant trait à une requête, compte tenu de ce qu'a déclaré la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air-Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75, à la page 76: «Il est nécessaire, d'après les **Règles de la Cour fédérale**, qu'un requérant produise un affidavit à l'appui d'une requête s'il veut établir des faits qui n'apparaissent pas au dossier de la Cour». Il y a un passage au même effet dans *Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12, à la page 16, une décision du juge en chef Jockett:

Les exposés des faits présentés dans un avis de requête ou dans une plaidoirie écrite doivent être établis par un ou plusieurs affidavits versés à l'appui de ladite requête conformément à la Règle 319(2).

L'équivalent du paragraphe 319(2) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] se trouve maintenant à la règle 363 [*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106] qui dispose comme suit:

**363.** Une partie présente sa preuve par affidavit, relatant tous les faits sur lesquels elle fonde sa requête qui ne figurent pas au dossier de la Cour.

[6] Manifestement, en vertu des *Règles de la Cour fédérale*, les anciennes comme les nouvelles, les documents sur lesquels on peut s'appuyer, dans une requête, doivent être déposés par voie d'affidavit, sous réserve bien entendu d'autres documents déposés dans le cadre du contre-interrogatoire.

[7] Il existe une notion qui peut être utilisée pour distinguer les deux courants jurisprudentiels, d'une part *Senat v. Senat* et, d'autre part, les affaires donnant une interprétation de ce qui est maintenant la règle 363, notion que j'adopte d'après les prétentions de M. McEwan. Ce n'est que si un document est

ought the rule in *Senat v. Senat* to apply. This is consistent with a passage from a decision of Lord Denman, C.J. in *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172, in which Lord Denman C.J. points out that it is for the judge at trial to rule upon whether the use of material by counsel will make that material evidence [at page 172 E.R.]:

In the course of the examination of one of the plaintiff's witnesses—Kelly, for the defendant, called for the ledger of the intestate under a notice to produce.

Campbell, A. G., for the plaintiff—I will produce it if it is called for as your evidence.

Kelly—I call for it, but subscribe to no condition.

Lord Denman, C. J.—If the intestate's ledger is called for under a notice to produce, and it is not produced, Mr. Kelly may cross-examine as to its contents; but if it is produced and given to Mr. Kelly, it will be for me to decide whether Mr. Kelly makes such use of it as will compel him to use it as his evidence.

The book was produced, and Kelly turned over several pages of it, so as to look at the contents of them.

Lord Denman, C. J.—I ought now to say, that if Mr. Kelly looks at the book he will be bound to put it in as his evidence.

Kelly—Certainly, I am fully aware that I must do so.

Lord Denman, C. J.—I have mentioned this because it has been supposed by some, that an opposite counsel may look at papers or books called for under a notice to produce, and then not use them. [Emphasis added.]

[8] Wigmore [*Evidence in Trials at Common Law*] (1978 Edition, Volume 7, § 2125, page 688) refers to this principle, invented by Lord Ellenborough in *Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797, as an illogical rule in light of the present principle of complete production, a rule designed to keep a party entirely in the dark as to his opponent's evidence by obliging him to take the risk of putting in all of a document if he even peruses it on production, for such a rule would prevent counsel from looking at

déposé devant le juge des faits que la règle énoncée dans *Senat v. Senat* doit s'appliquer. Cette position est conforme à un passage d'une décision de lord Denman, juge en chef, dans *Calvert, v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172, dans laquelle lord Denman signale que c'est au juge du procès qu'il incombe de décider si l'utilisation par l'avocat de certains éléments matériels en fera une preuve pertinente [à la page 172 E.R.]:

[TRADUCTION] Dans le cadre de l'interrogatoire d'un des témoins de la partie demanderesse—Kelly, pour la partie défenderesse, a demandé les livres de comptabilité de l'intestat par voie d'avis de communication.

Le procureur général Campbell, pour la partie demanderesse—Je communiquerai ce document si vous avez l'intention de l'utiliser comme preuve.

Kelly—Je demande ce document, mais je n'accepte aucune condition.

Lord Denman, juge en chef—Si le livre de comptabilité de l'intestat est demandé par voie d'avis de communication, et qu'il n'est pas communiqué, M. Kelly peut contre-interroger quant au contenu de ce document; mais s'il est communiqué et remis à M. Kelly, ce sera à moi de décider si M. Kelly en fait un usage qui l'obligera à l'utiliser comme élément de preuve.

Le livre de comptabilité a été produit et Kelly a consulté le contenu de plusieurs pages.

Lord Denman, juge en chef—Je dois maintenant préciser que si M. Kelly examine le livre il sera tenu de le déposer comme preuve.

Kelly—Certainement, j'en suis tout à fait conscient.

Lord Denman, juge en chef—Je mentionne ce fait parce que certains ont supposé que l'avocat de la partie adverse peut examiner des documents ou des livres demandés par voie d'avis de communication, et ensuite ne pas s'en servir. [Non souligné dans l'original.]

[8] Wigmore [*Evidence in Trials at Common Law*] (édition de 1978, volume 7, § 2125, page 688) considère ce principe, inventé par lord Ellenborough dans *Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797, comme étant une règle illogique à la lumière du principe actuel de la communication complète des documents, une règle qui est conçue pour garder une partie dans l'ignorance de la preuve de la partie opposée en l'obligeant à prendre le risque d'avoir à déposer la totalité d'un document même s'il ne fait



a document unless very certain as to its content. Thus, while approved by the B.C. Supreme Court in *Morrison-Knudsen*, the rule ought to be strictly limited to a trial situation. Indeed, it is a rule that has been repudiated in some jurisdictions which have a common law based legal system. The approach taken, in the context of a motion, in *Mountainbell* and in *Kukan*, *supra*, is more sensible. Thus the present order that documents merely produced to and examined by counsel do not form part of the evidence of the case, but that should cross-examining counsel wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related or explanatory documents in that package or set may be relied upon by counsel for the plaintiff.

#### Supplemental Affidavit of Claim

[9] I now turn to the matter of the supplemental affidavit of claim. By way of some relevant background, the *Nel* was sold pursuant to a sale order of December 3, 1997, which provided, in part, that all claims against the proceeds of the sale, including the claim of the plaintiff, be made by affidavit filed in the Registry by December 31, 1997.

[10] Subsequently, January 30, 1998, the plaintiff, in the absence of any defence, took default judgment in the amount of \$17,602,057.32 and, following the sale, received a partial payment of the sale proceeds that were in excess of the amount reasonably required to secure the balance of the claimants.

[11] The question of additional affidavits of fact then arose: by order of March 25, 1998, the Court required that all affidavits of fact be delivered and filed by April 15, 1998. The Court set aside time in August and September to hear the motion to determine priorities. The plaintiff was unable to comply with the

que le feuilleter au moment de sa communication, étant donné que cette règle empêcherait l'avocat de consulter des documents à moins d'être tout à fait certain de leur contenu. Donc, bien qu'elle ait été approuvée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Morrison-Knudsen*, l'application de cette règle doit être limitée à l'instruction. En fait, elle a été rejetée dans certains ressorts dont le système juridique est fondé sur la common law. La démarche suivie, dans le contexte d'une requête, dans *Mountainbell* et dans *Kukan*, précités, est plus raisonnable. D'où la présente ordonnance indiquant que les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve de cette partie, mais que si l'avocat qui procède au contre-interrogatoire souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors l'avocat de la demanderesse pourra s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires ou explicatifs faisant partie de cette liasse ou de cette série.

#### Affidavit supplémentaire de réclamation

[9] J'aborde maintenant la question de l'affidavit supplémentaire de réclamation. Par suite de certaines procédures pertinentes, le *Nel* a été vendu aux termes d'une ordonnance de vente datée du 3 décembre 1997 qui prévoyait, notamment, que toutes les réclamations contre le produit de la vente, y compris la réclamation de la demanderesse, devaient être faites par voie d'affidavit déposé au greffe au plus tard le 31 décembre 1997.

[10] Par la suite, le 30 janvier 1998, aucune défense ne lui ayant été signifiée, la demanderesse a demandé un jugement par défaut au montant de 17 602 057,32 \$ et, après la vente, a reçu un paiement partiel sur le produit de la vente qui excédait le montant raisonnablement nécessaire pour payer le reste des créanciers.

[11] La question des affidavits supplémentaires portant sur les faits s'est alors posée: dans une ordonnance en date du 25 mars 1998, la Cour a exigé que tous les affidavits portant sur les faits soient signifiés et déposés au plus tard le 15 avril 1998. La Cour a réservé du temps en août et septembre pour entendre

order and, on April 20, 1998, obtained an extension of time until April 28, 1998. The Bank of Scotland's affidavit was filed April 22, 1998, showing a balance, an "approximate minimum outstanding to the Bank following payment out of sale proceeds of all four vessels" of US\$965,348. This was apparently a gross approximate figure, for the affidavit went on to note that there would thus be a shortfall in repayment of the loan even if no claims in Canada, South Africa or Singapore were given priority over the Bank of Scotland's claim as mortgagee.

[12] Here I would note that the April 22, 1998 affidavit relied upon approximations and that is fair enough, for the Bank of Scotland could not forecast what priority the various courts might give to other claimants. The deponent of the affidavit sworn on behalf of the Bank of Scotland was cross-examined in August of 1998. The August and September hearing dates were adjourned. The Court set aside five days, two in Montréal and three in Vancouver, in November and December, to hear the priorities motion, however the parties were again not prepared to proceed: the motion has been reset for early January 1999. This brings us to the supplemental affidavit of claim in question.

[13] On December 14, 1998, the Bank of Scotland produced a supplemental affidavit, that of Douglas Newton, showing an estimated balance owing on its loan, after anticipated recoveries, of \$3,525,669.85. It is this affidavit to which the claimants object.

[14] As to the affidavit itself, it shows payments made and balances received relating to the *Nel*, the *Angelina L*, the *Blue L* and the *Anna L*, although in the case of the latter the gross proceeds were recovered by the Bank of Scotland. The claimants are disappointed that the Newton affidavit makes no mention of what they submit was a bonus to the Bank of Scotland of US\$1,700,000 on the purchase by the

la requête afin de déterminer l'ordre de priorité. La demanderesse n'a pu se conformer à l'ordonnance et, le 20 avril 1998, elle a obtenu une prorogation de délai jusqu'au 28 avril 1998. L'affidavit de la Bank of Scotland a été déposé le 22 avril 1998, indiquant un solde, soit [TRADUCTION] «une somme minimum approximative due à la Banque après le paiement sur le produit de la vente des quatre navires» de 965 348 \$US. Il s'agissait apparemment d'un chiffre approximatif, étant donné que l'affidavit précisait ensuite que le prêt ne serait pas remboursé au complet même si aucune réclamation au Canada, en Afrique du Sud ou à Singapour n'avait priorité sur celle de la Bank of Scotland en tant que créancière hypothécaire.

[12] Je voudrais noter ici que l'affidavit du 22 avril 1998 s'appuyait sur des chiffres approximatifs, ce qui est raisonnable, étant donné que la Bank of Scotland ne pouvait prévoir dans quel ordre seraient classés les créanciers par les différents tribunaux compétents. L'auteur de l'affidavit établi sous serment au nom de la Bank of Scotland a été contre-interrogé en août 1998. Les dates d'audience fixées pour les mois d'août et de septembre ont été reportées. La Cour a prévu cinq jours, soit deux à Montréal et trois à Vancouver, en novembre et en décembre, pour entendre la requête sur l'ordre de priorité; toutefois, les parties n'étaient toujours pas prêtes à procéder: la requête a été remise au rôle pour le début de janvier 1999. Ce qui nous amène à l'affidavit supplémentaire de réclamation en question.

[13] Le 14 décembre 1998, la Bank of Scotland a produit un affidavit supplémentaire, celui de Douglas Newton, dans lequel on prévoyait qu'il resterait sur le prêt, après les remboursements prévus, un solde de 3 525 669,85 \$. C'est à cet affidavit que s'opposent les créanciers.

[14] Quant à l'affidavit lui-même, il indique les paiements qui ont été faits et les soldes reçus ayant trait au *Nel*, au *Angelina L*, au *Blue L* et au *Anna L*, bien que dans le cas de ce dernier navire le produit brut ait été remis à la Bank of Scotland. Les créanciers sont déçus que l'affidavit de Newton ne fasse aucune mention d'un montant de 1 700 000 \$US qui, à leur avis, constitue une prime pour la Bank of

Bank of the *Blue L* and her resale.

[15] Now in the case of the *Nel* and the *Angelina L* the various payments to creditors are set out by date: relevant is the fact that of the 44 payments set out, 33 of them predate the April 22, 1998 claim affidavit of Mr. Myles, sworn on behalf of the Bank of Scotland. In the case of the *Blue L* there is no indication as to when the payments to claimants were made, although the claims against the *Blue L* were, by the order of a South African Court, to be filed by March 27, 1998. The referee, taxed by that Court to receive the claims against the *Blue L*, reported on March 31, 1998, again well before the April 22, 1998 claim affidavit of the Bank of Scotland. There is no indication as to when the Court ultimately allowed payment of the claims recommended by the referee, claims which totalled some \$2,000,000. Here I would note that the supplemental affidavit which the Bank of Scotland now seeks to file does not show a final figure for recovery on the *Blue L*, but rather an anticipated maximum recovery figure of just over \$2,000,000 on a sale price of \$3,334,750. I now turn to the rule governing timely filing of claims.

[16] Subsection 492(2) of the Rules, like former subsection 1008(2), is quite specific as to timely filing of claims: claims not filed within the time set by the Court are barred. The Federal Court of Appeal was quite adamant on this point in *National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. No. 234 (QL) [hereinafter the *Polar Paraguay*].

[17] The summary procedure for determining priorities by a motion may, by analogy, be likened to summary judgment procedure. A basic principle, in summary judgment procedure, is that no party may hold back, but rather each must put a best foot forward by producing such evidence as is reasonably

Scotland que celle-ci a réalisée lors de l'achat et de la revente du *Blue L*.

[15] Dans le cas du *Nel* et du *Angelina L*, les différents versements faits aux créanciers sont énumérés par ordre chronologique: il est pertinent de noter que sur les 44 paiements indiqués, 33 sont antérieurs à l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998 de M. Myles qui a été établi sous serment au nom de la Bank of Scotland. Dans le cas du *Blue L*, il n'y a pas d'indication de la date à laquelle les versements ont été faits aux créanciers, bien qu'une ordonnance d'un tribunal sud-africain ait exigé que les réclamations contre le *Blue L* soient déposées au plus tard le 27 mars 1998. L'arbitre, à qui la présente Cour avait ordonné de recevoir les réclamations contre le *Blue L*, a déposé son rapport le 31 mars 1998, soit bien avant l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998 de la Bank of Scotland. Il n'y a pas d'indication de la date à laquelle la Cour a ultimement permis le paiement des réclamations recommandées par l'arbitre, qui totalisaient une somme d'environ 2 000 000 \$. Je tiens à signaler ici que l'affidavit supplémentaire que la Bank of Scotland cherche maintenant à déposer ne donne pas de montant définitif pour les sommes recouvrées sur le *Blue L*, mais plutôt un remboursement maximum anticipé d'un peu plus de 2 000 000 \$ sur un prix de vente de 3 334 750 \$. J'aborde maintenant la règle régissant le dépôt des réclamations en temps opportun.

[16] Le paragraphe 492(2) des Règles, comme l'ancien paragraphe 1008(2), est très stricte sur les délais prévus pour le dépôt des réclamations: une fin de non-recevoir est opposée aux réclamations non déposées dans les délais fixés par la Cour. La Cour d'appel fédérale a été inflexible sur ce point dans l'arrêt *National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. n° 234 (QL) [ci-après appelé *Polar Paraguay*].

[17] La procédure sommaire pour déterminer l'ordre de priorité par voie de requête s'apparente, par analogie, à la procédure de jugement sommaire. Dans la procédure de jugement sommaire, il existe un principe de base selon lequel aucune partie ne peut demeurer inactive, mais doit plutôt présenter sa cause sous son

available to them: see for example *Feoso Oil Ltd. v. The Sarla*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A.), at page 82.

[18] In the present the initial sale order of December 3, 1997, is quite specific, requiring all claims, including that of the plaintiff, to be made by affidavit by the December 31, 1997 date. Similarly, the March 25, 1998 order is specific in requiring affidavits of fact by April 15, 1998. Here I would note that it was the plaintiff who brought a motion, in March of 1998, supported by material indicating that the plaintiff wished a March 30, 1998 cut-off date for affidavits, a date which the Court rejected in favour of April 15, 1998. As I noted earlier the plaintiff then had to obtain an extension on that date in order to file its affidavit of fact on April 22, 1998.

[19] The plaintiff's affidavit of April 22, 1998, does contain suggestions that it is not a final claim, for it indicates that some figures are provisional, being based upon then current information. However, it is unfortunate that the plaintiff did not make it clear in that affidavit both that the affidavit was not current as of April 22, 1998, and that it had overlooked many thousands of dollars of adjustments which had occurred before the affidavit was sworn, indeed, some expenditures were made a number of months before the affidavit was sworn.

[20] Counsel for the Bank of Scotland submits that this is an extraordinary case and given that there is no prescribed procedure for updating the balance owing, on a claim that was clearly defined in two previous claim affidavits by the Bank of Scotland, it is only just to allow the Bank to file additional affidavit material.

[21] To extend time so that the Bank of Scotland might file more affidavit material is contrary to subsection 492(2) of the Rules and flies in the face of the Court of Appeal's view in the *Polar Paraguay*,

meilleur jour: voir par exemple *Feoso Oil Ltd. c. Le Sarla*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.), à la page 82.

[18] En l'espèce, la première ordonnance de vente du 3 décembre 1997 est très précise, exigeant que toutes les réclamations, y compris celle de la demanderesse, aient été déposées par affidavit au plus tard le 31 décembre 1997. De même, l'ordonnance du 25 mars 1998 demande précisément que les affidavits portant sur les faits soient déposés au plus tard le 15 avril 1998. Je note que c'est la demanderesse qui a présenté la requête, en mars 1998, appuyée par des documents indiquant qu'elle souhaitait que la date limite pour la production des affidavits soit fixée au 30 mars 1998, une date que la Cour a reportée au 15 avril 1998. Comme je l'ai déjà noté, la demanderesse a ensuite obtenu une prorogation de ce délai pour déposer son affidavit portant sur les faits le 22 avril 1998.

[19] L'affidavit de la demanderesse en date du 22 avril 1998 laisse supposer qu'il ne s'agit pas d'une réclamation finale, étant donné qu'il indique que certains chiffres sont provisoires, se fondant sur les renseignements dont la demanderesse disposait à ce moment. Toutefois, il est malheureux que la demanderesse n'ait pas indiqué clairement dans cet affidavit d'une part que l'affidavit n'était pas à jour au 22 avril 1998 et d'autre part qu'elle avait oublié plusieurs milliers de dollars de redressements qui ont été apportés avant que l'affidavit soit établi sous serment; en fait, certaines dépenses ont été faites plusieurs mois avant que l'affidavit soit établi sous serment.

[20] L'avocat de la Bank of Scotland prétend qu'il s'agit d'une affaire extraordinaire et que, comme il n'y a pas de procédure prescrite pour la mise à jour du solde dû sur une réclamation qui a été clairement énoncée dans deux affidavits de réclamations antérieurs déposés par la Bank of Scotland, il n'est que juste d'autoriser la Banque à déposer un affidavit supplémentaire.

[21] Proroger le délai pour permettre à la Bank of Scotland de déposer d'autres affidavits est contraire au paragraphe 492(2) des Règles et va carrément à l'encontre de l'opinion exprimée par la Cour d'appel

*supra*. But I have considered whether I might properly rely on rule 55 by finding special circumstances by which to dispense with compliance with subsection 492(2), a rule which clearly bars a claim made out of time. As I read subsection 492(2) it ought to apply to supplements to a claim, for at least one purpose of the rule is to bring to an end the making of or the adding to a claim so that the business of dividing up the sale proceeds may be concluded within a reasonable time. There are three reasons why I ought not to apply rule 55 to remove the subsection 492(2) time bar. First, rule 55 ought not to be used to amend the Rules: *Fritz (T.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 370 (F.C.T.D.), at page 373 [Then Rule 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2)]. To ignore a specific and necessary time provision would be tantamount to amending subsection 492(2). Second, if I am wrong on this first point, I am not convinced that this is an extraordinary case such that it presents special circumstances in order to bring it within the ambit of rule 55. Third, rule 55 ought to be read in conjunction with rule 3:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

To allow in an affidavit of claim at this time, after two earlier adjournments of the priorities motion, adjournments which, as I understand it, came about, at least in part, by reason of cross-examination on the Bank of Scotland's affidavit and delays both in making the deponent available and in producing material, would result in just the opposite of a most expeditious and least expensive solution. Yet, would the refusal of leave to file the affidavit result in an unreasonable injustice to the Bank of Scotland?

[22] Granted, the Bank of Scotland's mortgage is said to be an account current or running mortgage.

dans l'arrêt *Polar Paraguay*, précité. Mais j'ai examiné si je pouvais à bon droit m'appuyer sur la règle 55 en estimant qu'il y a des circonstances particulières qui m'autorisent à dispenser la Banque d'observer le paragraphe 492(2), règle qui empêche manifestement le dépôt d'une réclamation en dehors des délais fixés. De la façon dont j'interprète le paragraphe 492(2), cette règle doit s'appliquer aux documents supplémentaires ayant trait à une réclamation, étant donné qu'au moins l'un des buts de la règle est de mettre un terme à l'ajout de documents à une réclamation de sorte que le partage du produit de la vente puisse se faire dans un délai raisonnable. Il y a trois raisons pour lesquelles je ne devrais pas appliquer la règle 55 pour dispenser de l'observation du délai fixé au paragraphe 492(2). Premièrement, la règle 55 ne doit pas être utilisée pour modifier les Règles: *Fritz (T.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 370 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la page 373, [auparavant la règle 6 (édicte par DORS/90-846, art. 2)]. Ignorer une disposition qui fixe un délai précis et de rigueur équivaldrait à modifier le paragraphe 492(2). Deuxièmement, si je fais erreur sur ce premier point, je ne suis pas convaincu qu'il s'agit d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour justifier l'application de la règle 55. Troisièmement, la règle 55 doit être lue de concert avec la règle 3:

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

Autoriser le dépôt d'un affidavit de réclamation à l'heure actuelle, après deux ajournements de la requête visant à établir l'ordre de priorité, des ajournements qui, d'après ce que je comprends, ont été accordés, du moins en partie, du fait que les créanciers ont procédé à un contre-interrogatoire portant sur l'affidavit de la Bank of Scotland et à cause des retards attribuables au manque de disponibilité de l'auteur de l'affidavit et à la communication tardive des documents, aboutirait à un résultat tout à fait contraire à la solution la plus juste et la plus expéditive et économique possible. Cependant, le refus d'autoriser le dépôt de l'affidavit entraînerait-il une injustice déraisonnable pour la Bank of Scotland?

[22] Il n'est pas contesté que l'hypothèque de la Bank of Scotland garantit une marge de crédit. Toute-

However it cannot go on running indefinitely, with fresh supporting affidavit material, renewed cross-examination and further adjourned hearing dates. At least to some degree the Bank of Scotland's present difficulties would seem to arise out of the Bank of Scotland, itself, not taking this proceeding as seriously as it ought. Here I specifically separate counsel and the Bank. The Bank has pressed for a quick resolution, yet not been able to meet its self-inflicted timetable. The Bank's previous affidavit material seems to have been prepared without regard for items which, had there been timely book-keeping, ought to have appeared in the April 22, 1998 claim affidavit: here I refer back to 33 of the 44 payments relating to the *Nel* and to the *Angelina L* which were made at a date which should have enabled them to be included in the April 22, 1998 claim affidavit.

[23] Perhaps the parties ought, in hindsight, to have opted for a full blown trial, with a complete discovery procedure (a costly exercise) to determine priorities. But they did not. They elected to proceed by motion. Therefore it became incumbent upon all of those claiming against the sale proceeds not only to put forward their best cases, as of a given date, the date set by the Court in consultation with the parties for filing affidavits of fact to support their claims, but also to complete cross-examination promptly and, failing agreement, to have the priorities motion heard expeditiously. In the present instance, taking all of the circumstances together, including the need to move to a prompt determination of entitlement to the sale proceeds of the *Nel* and to bring an end to the legal expenses of all of the claimants, those factors outweigh any injustice to the Bank of Scotland.

[24] Counsel for the Bank of Scotland submits I ought to apply rule 371, a rule which allows the

fois, cette situation ne peut être maintenue indéfiniment en déposant de nouveaux affidavits à l'appui de la réclamation, en procédant à un nouveau contre-interrogatoire et en demandant de nouveaux ajournements. Dans une certaine mesure à tout le moins, la Bank of Scotland semble elle-même responsable des difficultés qu'elle éprouve actuellement, car elle ne prend pas cette procédure aussi au sérieux qu'elle le devrait. Sur ce point, je fais une distinction entre l'avocat de la banque et la banque elle-même. La banque a insisté pour avoir un règlement rapide, et pourtant elle n'est pas capable de respecter le calendrier qu'elle a elle-même demandé. Les affidavits antérieurs de la banque semblent avoir été préparés sans tenir compte de postes qui, si la tenue de livres avait été faite convenablement, auraient dû figurer dans l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998: je fais référence ici aux 33 des 44 paiements ayant trait au *Nel* et au *Angelina L* qui ont été faits à une date qui aurait dû leur permettre de figurer dans l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998.

[23] En rétrospective, les parties auraient peut-être dû opter pour une instruction complète, qui aurait été accompagné d'une procédure complète de communication (ce qui est très coûteux) afin d'établir l'ordre de priorité. Mais elles n'ont pas fait ce choix. Elles ont choisi de procéder par voie de requête. Il incombe donc à toutes les personnes qui ont un droit sur le produit de la vente, non seulement de présenter leur cause sous leur meilleur jour, à la date fixée par la Cour en consultation avec les parties pour le dépôt des affidavits portant sur les faits afin d'appuyer leurs réclamations, mais également de mettre rapidement fin au contre-interrogatoire et, à défaut d'une entente, de faire en sorte que leurs requêtes sur l'ordre de priorité soient entendues le plus rapidement possible. En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du *Nel* et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la Bank of Scotland.

[24] L'avocat de la Bank of Scotland fait valoir que je devrais appliquer la règle 371, une règle qui auto-

Court, on motion and in special circumstances, to hear *viva voce* factual evidence from a witness. Special circumstances depend upon the facts in the particular instance. I do not look upon a refusal to order a waiver of a time bar as a special circumstance which might allow *viva voce* evidence in this matter, for in essence it is an attempt to bring in evidence that was rejected as out of time, evidence in part to patch up an earlier affidavit.

### Conclusion

[25] The plaintiff's motion is denied, subject to the proviso that should counsel for the claimants who cross-examined the Bank of Scotland's deponent wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related documents in that package or set may be relied upon by the plaintiff. Of course, rejection of the Bank of Scotland's proposed supplemental affidavit does not bar an updating of the Bank's claim for interest on the shortfall it is able to establish.

[26] The costs of this motion may be dealt with at a future date convenient to the parties.

rise la Cour, dans le cadre d'une requête et dans des circonstances particulières, à entendre une personne témoigner sur une question de fait. Les circonstances particulières dépendent des faits de chaque espèce. Je ne considère pas que le refus d'ordonner la renonciation à une date limite constitue une circonstance particulière qui justifierait d'entendre un témoin sur cette question, étant donné qu'il s'agit essentiellement d'une tentative de déposer une preuve qui a été rejetée parce que les délais étaient expirés, preuve qui avait pour but de corriger les lacunes d'un affidavit antérieur.

### Conclusion

[25] La requête de la demanderesse est rejetée, sous réserve que, si l'avocat des créanciers qui a contre-interrogé l'auteur de l'affidavit déposé au nom de la Bank of Scotland souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors la demanderesse pourra s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires faisant partie de cette liasse ou de cette série de documents. Bien entendu, le rejet de l'affidavit supplémentaire proposé par la Bank of Scotland n'empêche pas la mise à jour de la réclamation de la banque au titre des intérêts courus sur les sommes qu'elle ne pourra recouvrer et qu'elle sera en mesure d'établir.

[26] Les frais de la présente requête seront décidés ultérieurement à une date convenant aux parties.

IMM-3402-97

IMM-3402-97

**Roberto Ambrosio San Vicente Freitas**  
(Applicant)

**Roberto Ambrosio San Vicente Freitas**  
(demandeur)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Respondent)

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

**INDEXED AS: FREITAS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: FREITAS c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Gibson J.—Toronto, November 20, 1998; Ottawa, January 7, 1999.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 20 novembre 1998; Ottawa, 7 janvier 1999.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, national of Venezuela, convicted in Canada of conspiracy to effect escape from Canadian jail of Colombian drug traffickers — CRDD holding applicant excluded from consideration as Convention refugee by United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c): Convention not applicable to persons whom serious reasons for considering guilty of acts contrary to purposes of UN — CRDD erred in law — S.C.C. in Pushpanathan holding until international community makes clear its view drug trafficking serious violation of fundamental human rights amounting to persecution, no rationale for including it among grounds for exclusion.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR concluant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, a été déclaré coupable au Canada de complot en vue de faire évader d'une prison canadienne des trafiquants de drogues colombiens — La SSR a statué que le demandeur était exclu au titre d'une considération comme réfugié au sens de la Convention aux termes de l'art. 1F(c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés: la Convention ne s'applique pas aux personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies — La SSR a commis une erreur de droit — La C.S.C. dans l'arrêt Pushpanathan a statué que tant que la communauté internationale n'aura pas dit clairement qu'elle estime que le trafic des drogues est une violation grave des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution, rien ne justifie qu'il soit considéré comme un motif d'exclusion.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, national of Venezuela, removed thereto, when Court denied application to stay removal order — Deportation not eliminating all rights accruing to individual under Immigration Act where decision under review based upon error of law — S. 48 requiring respondent to execute removal order as soon as reasonably practicable — S. 82.1(1) conferring on applicant right to seek judicial review of CRDD's decision — Against overarching, clear human rights object, purpose as background for interpretation of Act, in absence of express words so requiring, s. 82.1 should not be interpreted so that rendered nugatory by performance by respondent of s. 48 duty.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR statuant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, y a été renvoyé quand la Cour a refusé la demande visant à surseoir à la mesure de renvoi — L'expulsion n'annihile pas tous les droits que la Loi sur l'immigration confère à une personne lorsque la décision faisant l'objet du contrôle se fonde sur une erreur de droit — L'art. 48 exige que le défendeur exécute la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent — L'art. 82.1(1) confère au demandeur le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la SSR — Compte tenu des buts et objectifs généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation de la Loi, en l'absence de dispositions expresses à cet effet, l'art. 82.1 ne doit pas être interprété de façon à être rendu inopérant du fait que le défendeur s'est acquitté de l'obligation visée à l'art. 48.*



*Judges and Courts — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee on grounds excluded under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c) — Applicant, national of Venezuela, removed thereto, when Court denied application to stay removal order — Application not moot — Live controversy — Deportation not eliminating all rights accruing to individual under Immigration Act where decision under review based upon error of law — S. 48 requiring respondent to execute removal order as soon as reasonably practicable — S. 82.1(1) conferring on applicant right to seek judicial review of CRDD's decision — Against over-arching, clear human rights object, purpose as background for interpretation of Act, in absence of express words so requiring, s. 82.1 should not be interpreted so that rendered nugatory by performance by respondent of s. 48 duty — In circumstances, significant weight not given to concern for judicial economy — In any event, Court having discretion to hear moot matter — Criteria set out by S.C.C. in Borowski for exercise of discretion applied — Not improper assumption of law-making function, but deference to Parliament which created conflict between respondent's duty, applicant's right without expressly stating priority.*

This was an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board wherein the CRDD determined the applicant was not a Convention refugee. In 1989 the applicant, a national of Venezuela, was arrested, charged and convicted of conspiracy to effect an escape from a New Brunswick jail of convicted Colombian drug traffickers. He was sentenced to nine years imprisonment. The applicant claimed Convention refugee status against Venezuela. The CRDD held that because of the relationship of the conspiracy for which he was convicted to drug trafficking the applicant was excluded from being a Convention refugee under Article 1F(c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Article 1F(c) provides that the Convention does not apply to persons whom there are serious reasons for considering guilty of acts contrary to the purposes of the UN. The CRDD quoted from *Pushpanathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 870 (T.D.) and was aware of the Federal Court of Appeal's decision therein. Notwithstanding that the CRDD was aware that the *Pushpanathan* appeal was pending before the Supreme Court of Canada, having decided that the applicant was excluded from consideration as a Convention refugee, the CRDD declined

*Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la SSR statuant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention au motif qu'il est exclu en vertu de l'art. 1F(c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Le demandeur, un ressortissant du Venezuela, y a été renvoyé quand la Cour a refusé sa demande visant à surseoir à la mesure de renvoi — La demande n'est pas théorique — Il y a un litige actuel — L'expulsion n'annihile pas tous les droits que la Loi sur l'immigration confère à une personne lorsque la décision faisant l'objet du contrôle se fonde sur une erreur de droit — L'art. 48 exige que le défendeur exécute la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent — L'art. 82.1(1) confère au demandeur le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la SSR — Compte tenu des buts et objectifs généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation de la Loi, en l'absence de dispositions expresses à cet effet, l'art. 82.1 ne doit pas être interprété de façon à être rendu inopérant du fait que le défendeur s'est acquitté de l'obligation visée à l'art. 48 — Dans les circonstances, on n'a pas accordé beaucoup d'importance à l'économie des ressources judiciaires — Quoi qu'il en soit, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire théorique — Les critères énoncés par la C.S.C. dans l'arrêt Borowski relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont appliqués — La Cour n'a pas assumé de façon inappropriée une fonction d'élaboration du droit, mais a fait preuve de respect à l'égard du législateur qui a créé un conflit entre l'obligation du défendeur et le droit du demandeur sans établir de priorité explicite.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié dans laquelle la SSR a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention. En 1989 le demandeur, un ressortissant du Venezuela, a été arrêté, inculpé et par la suite déclaré coupable de complot en vue de faire évader d'une prison du Nouveau-Brunswick des trafiquants de drogues colombiens. Il a été condamné à neuf ans d'emprisonnement. Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention à l'égard du Venezuela. La SSR a conclu que le demandeur était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention donnée à la section Fc) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* à cause du lien existant avec le complot pour lequel il a été reconnu coupable de trafic de drogues. La section Fc) de l'article premier dispose que la Convention n'est pas applicable aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. La SSR a cité un passage de la décision *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 870 (1<sup>re</sup> inst.) et elle était au courant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans

to make an alternative finding with regard to whether the applicant was included in the definition of "Convention refugee", despite the fact that it had before it all of the evidence with regard to inclusion. The Supreme Court of Canada reversed the decision of the Federal Court of Appeal in *Pushpanathan*, holding that until the international community makes clear its view that drug trafficking is a serious violation of fundamental human rights amounting to persecution, there can be no rationale for counting it among the grounds of exclusion. The applicant was removed to Venezuela when this Court denied an application to stay a removal order where, apparently, he remains.

The issues were: (1) whether the CRDD erred in concluding that the applicant was excluded from consideration as a Convention refugee, and (2) whether this application for judicial review was moot.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The CRDD erred in law in finding the applicant to be excluded from consideration as a Convention refugee in light of the *Pushpanathan* decision in the Supreme Court of Canada.

(2) This application was not moot in that it continued to present a live controversy. Where the decision under review is based upon an error of law, the deportation of an individual does not eliminate all rights that may accrue to him under the *Immigration Act*. Section 48 places on the respondent an obligation to execute a removal order as soon as reasonably practicable. Subsection 82.1(1) confers on the applicant the right to seek judicial review of the decision made against him by the CRDD. Against the overarching and clear human rights object and purpose as the background against which individual provisions of the *Immigration Act* must be interpreted, in the absence of express words requiring it to do so, the right conferred on the applicant by subsection 82.1(1) should not be read in such a manner that it is rendered nugatory by the performance by the respondent of her duty to execute a removal order as soon as reasonably practicable. Nor should the applicant's right be indirectly rendered nugatory by the rendering of a decision that confers a meaningless right to a redetermination by the CRDD.

Regardless, the Court has a discretion to depart from the general policy of refusing to hear a matter that is moot. Against the factors set out by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)* for the exercise

cette affaire. Même si la SSR était au courant que l'appel de l'arrêt *Pushpanathan* était en instance devant la Cour suprême du Canada, ayant décidé que la revendication du statut de réfugié du demandeur ne pouvait être examinée à cause de son exclusion, elle a refusé de tirer une conclusion subsidiaire concernant son inclusion possible, malgré le fait qu'elle était saisie de toute la preuve pertinente. La Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Pushpanathan* en statuant que tant que la communauté internationale n'aura pas dit clairement qu'elle estime que le trafic des drogues est une violation grave des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution, rien ne justifie qu'il soit considéré comme un motif d'exclusion. Le demandeur a été renvoyé au Venezuela quand la Cour a refusé sa demande visant à surseoir à la mesure de renvoi et, apparemment, il est y toujours.

Les questions étaient les suivantes: 1) la SSR a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le demandeur ne pouvait être examinée à cause de son exclusion, et 2) la demande de contrôle judiciaire est-elle théorique?

*Jugement*: la demande est accueillie.

1) La SSR a commis une erreur de droit en déterminant que le demandeur devait être exclu au titre d'une considération comme réfugié au sens de la Convention à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan* de la Cour suprême du Canada.

2) La demande n'est pas théorique étant donné qu'il continue d'y avoir un litige actuel. Lorsque la décision faisant l'objet du contrôle est fondée sur une erreur de droit, l'expulsion de la personne n'annihile pas tous les droits que peut lui conférer la *Loi sur l'immigration*. L'article 48 impose au défendeur l'obligation d'exécuter une mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Le paragraphe 82.1(1) confère au demandeur le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision prise contre lui par la SSR. Compte tenu des objectifs et buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation à donner aux dispositions de la *Loi sur l'immigration*, en l'absence de dispositions expresses qui obligerait le juge à agir dans ce sens, le droit conféré au demandeur par l'article 82.1(1) ne doit pas être interprété comme étant rendu inopérant du fait que le défendeur s'acquitte de son obligation d'exécuter une mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Le droit du demandeur ne doit pas non plus être rendu indirectement inopérant par suite d'une décision qui confère un droit vide de sens à une nouvelle décision de la part de la SSR.

Néanmoins, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de s'écarter du principe général de refuser d'entendre une affaire qui est théorique. Au regard des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada*

of such discretion, this was an appropriate matter for the Court's exercise of its discretion. There was an "adversarial context": the applicant was represented by counsel, and the Court had the authority to order the respondent to return the applicant to Canada, at the respondent's expense. Against the "overarching and clear human rights object and purpose", that is the background against which interpretation of provisions of the Act must take place, significant weight should not be given to the concern for judicial economy. Finally, the Court's assumption of jurisdiction in this matter, assuming that it might be moot, was neither inappropriate nor an improper assumption of a law-making function. Parliament created the conflicting duty of the respondent and right of the applicant, but did not provide an explicit, or even an implicit, priority between that duty and that right. To hold that the right is not rendered nugatory by the exercise of the duty, in the absence of express words from Parliament so providing, merely defers to Parliament's law-making function and assumes the adjudicative role conferred on the Court.

It was conceded that the CRDD had sufficient evidence before it to make a determination as to whether the applicant fell within the definition of "Convention refugee". The members of the CRDD who constituted the panel that heard the applicant's claim remain members of the CRDD. It was therefore arguable that the CRDD could make a determination of the applicant's claim for inclusion on the evidence that was before the panel members present when that evidence was adduced, without offending the principles of natural justice and procedural fairness. That determination could be made on the fictional assumption that the applicant is in Canada. The CRDD decision was set aside and the matter was remitted to the Immigration and Refugee Board for redetermination. The respondent was ordered to make her best efforts to return the applicant to Canada at her expense if the Board determines it necessary that the applicant again appear before the CRDD or if the applicant is found to be a Convention refugee.

"Judicial economy" would have been better served had the CRDD gone on to consider inclusion of the applicant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 82.1(1) (as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1992, ch. 49, s. 73), Sch. (as enacted *idem*, s. 34), 48.

(*Procureur général*) concernant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la Cour a à bon droit exercé son pouvoir discrétionnaire. Il y avait un «débat contradictoire»: le demandeur était représenté par un avocat et la Cour avait le pouvoir d'ordonner au défendeur de ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur. Compte tenu des «objectifs et buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne» qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation à donner aux dispositions de la Loi, il ne faut pas accorder beaucoup d'importance à la question de l'économie des ressources judiciaires. Finalement, la décision de la Cour de se prononcer sur cette affaire, en supposant qu'elle puisse être théorique, n'est pas le moins du monde inappropriée ni un empiètement sur la fonction législative. Le législateur a créé une obligation pour le défendeur qui est incompatible avec le droit du demandeur, mais il n'a pas jugé utile d'établir une priorité explicite, ni même implicite entre cette obligation et ce droit. Décider que le droit n'est pas rendu inopérant par l'exercice de cette obligation, en l'absence d'une intention clairement exprimée par le législateur, ne constitue rien de plus que de faire preuve de respect à l'égard de la fonction législative du Parlement et d'assumer le rôle décisionnel que le législateur a conféré à la Cour.

Les parties ont concédé devant la Cour que la SSR était saisie d'éléments de preuve suffisants pour décider si le demandeur relevait de la définition de «réfugié au sens de la Convention». Les membres de la SSR qui constituaient le tribunal qui a entendu la revendication du demandeur sont toujours en fonction. Il est donc possible de soutenir que la SSR pourrait se prononcer sur l'inclusion du demandeur d'après la preuve dont étaient saisis les membres du tribunal qui étaient présents quand cette preuve a été produite, sans contrevenir aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Cette décision pourrait être prise en supposant, pour les fins de cette décision seulement, que le demandeur se trouve au Canada. La décision de la SSR est infirmée et l'affaire est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour une nouvelle décision. La Cour ordonne au défendeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour ramener le demandeur au Canada, à ses frais, si la Commission estime nécessaire que le demandeur compare de nouveau devant la SSR ou si elle conclut que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention.

Le principe de «l'économie des ressources judiciaires» aurait été mieux servi si la SSR s'était prononcée sur l'inclusion du demandeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1)

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F.

«réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 82.1(1) (édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), annexe (édictee, *idem*, art. 34), 48.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; (1993), 65 F.T.R. 32; 21 Imm. L.R. (2d) 203 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*San Vicente Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 351 (T.D.) (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 870 (T.D.) (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 49; (1995), 191 N.R. 247 (C.A.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229 (C.A.); *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.); *Hosein v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162; 53 F.T.R. 86; 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.); *Cross v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 304; 33 Imm. L.R. (2d) 251 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of CRDD's decision that the applicant was not a Convention refugee (*Re T.E.V.*, [1997] C.R.D.D. No. 320 (QL)) based on exclusion under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Article 1F(c), without making an alternative finding as to inclusion. Application allowed.

##### APPEARANCES:

*Jack C. Martin* for applicant.  
*Kevin Lunney* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Jack C. Martin*, Toronto, for applicant.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; (1993), 65 F.T.R. 32; 21 Imm. L.R. (2d) 203 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*San Vicente Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 351 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 870 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 49; (1995), 191 N.R. 247 (C.A.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229 (C.A.); *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.); *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162; 53 F.T.R. 86; 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cross c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 304; 33 Imm. L.R. (2d) 251 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la SSR statuant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention (*Re T.E.V.*, [1997] C.R.D.D. n° 320 (QL)) parce qu'il est exclu en vertu de la section Fc) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relatives au statut des réfugiés*, sans pour autant tirer de conclusion subsidiaire quant à son inclusion. Demande accueillie.

##### ONT COMPARU:

*Jack C. Martin* pour le demandeur.  
*Kevin Lunney* pour le défendeur.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Jack C. Martin*, Toronto, pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

## INTRODUCTION

## INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the CRDD) of the Immigration and Refugee Board wherein the CRDD determined the applicant not to be a “Convention refugee” within the meaning assigned to that expression by subsection 2(1) of the *Immigration Act*<sup>1</sup> (the Act). The decision of the CRDD is dated July 23, 1997 [indexed as: *Re T.E.V.*, [1997] C.R.D.D. No. 320 (QL)].

[1] Les présents motifs ont trait à une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié dans laquelle la SSR a conclu que le demandeur n’était pas un «réfugié au sens de la Convention» selon la définition de cette expression qui se trouve au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration*<sup>1</sup> (la Loi). La décision de la SSR est datée du 23 juillet 1997 [répertorié: *Re T.E.V.*, [1997] C.R.D.D. n° 320 (QL)].

## BACKGROUND

## LE CONTEXTE

[2] The applicant was born in Trinidad and Tobago in 1945 but moved with his parents to Venezuela at a very young age. As a university student in Venezuela, he was a political activist. He determined that he was at risk by reason of his political activities if he remained in Venezuela. He was advised to leave Venezuela and he did. He went first to Trinidad for a few months and then came to Canada in 1967. He achieved landed immigrant status, became steadily employed for a period of some 10 years, and only returned to Venezuela, as a visitor, in 1981.

[2] Le demandeur est né à Trinité-et-Tobago en 1945, mais il est parti au Venezuela très jeune avec ses parents. À l’époque où il fréquentait l’université au Venezuela, il était un activiste politique. Il en est venu à la conclusion que, s’il demeurait au Venezuela, sa vie serait en danger à cause de ses activités politiques. On lui a conseillé de quitter le Venezuela, ce qu’il a fait. Il a d’abord séjourné à Trinité pendant quelques mois et il est ensuite venu au Canada en 1967. Il a obtenu le statut d’immigrant reçu, a travaillé de façon permanente pendant quelque 10 ans, et n’est retourné au Venezuela, à titre de visiteur, qu’en 1981.

[3] On his return to Venezuela, the applicant found conditions had changed sufficiently for him to conclude that he was no longer in danger there. He therefore decided to stay. By Christmas of 1981, he had secured employment and returned to political activities. After the 1983 presidential election, he ceased his political activities, moved to Caracas and assumed a low profile.

[3] À son retour au Venezuela, le demandeur a trouvé que les conditions avaient changé suffisamment pour qu’il puisse conclure qu’il n’était plus en danger là-bas. Il a donc décidé d’y demeurer. À Noël de 1981, il s’était trouvé un emploi et avait repris ses activités politiques. Après les élections présidentielles de 1983, il a cessé ses activités politiques, s’est installé à Caracas et s’est fait discret.

[4] In 1986, he obtained a false passport with a view to returning to Canada. He formed a company for the

[4] En 1986, il a obtenu un faux passeport en vue de revenir au Canada. Il a constitué une société afin de

purpose of establishing a business exporting machinery from Canada to Venezuela. In June of 1989, he was invited by a former political associate in Venezuela to travel to Canada on business with the former associate. After being in Canada for some two and one half months, he was arrested, charged and later convicted of a serious criminal offence. He was sentenced to serve nine years of imprisonment after having already spent some seven and one half months in pre-trial custody.

[5] The applicant claimed Convention refugee status against Venezuela. He based his claim on an alleged well-founded fear of persecution in Venezuela by reason of his political opinion and membership in a particular social group. He feared return to Venezuela because, among other concerns, two of his associates in crime in Canada, following return to Venezuela from Canada, were illegally arrested and subsequently murdered and, more generally, because of the horrendous human rights record of the Technico de Policia Judicial, one of the organizations that he feared in Venezuela. As will be described later in these reasons, his claim was rejected by the CRDD. He applied for leave and judicial review. Leave was granted, leading to the hearing before me.

[6] In reasons relating to a decision not to stay removal of the applicant from Canada to Venezuela, made after leave was granted, Mr. Justice Richard, as he then was, wrote [*San Vicente Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 351 (T.D.) (QL), at paragraphs 6-7]:

The actions taken by the applicant and four other persons led the judge to determine that first, a conspiracy existed to forcibly effect the escape of two alleged Colombian drug traffickers from the Fredericton County Jail, and furthermore, that Mr. San Vincente was a member of that conspiracy. His four co-conspirators pled guilty to the charge and were sentenced to serve ten years. Mr. San Vincente pled not guilty. However, at the trial, he was found guilty and sentenced to serve a nine year term of imprisonment after it

lancer une entreprise qui exporterait de la machinerie du Canada au Venezuela. En juin 1989, un ancien associé politique au Venezuela l'a invité à l'accompagner au Canada pour un voyage d'affaires. Après un séjour de quelque deux mois et demi au Canada, il a été arrêté, inculpé et par la suite déclaré coupable d'un délit criminel grave. Il a été condamné à neuf ans d'emprisonnement après avoir déjà passé quelque sept mois et demi en détention avant son procès.

[5] Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention à l'égard du Venezuela. Sa revendication est fondée sur son allégation qu'il craint avec raison d'être persécuté au Venezuela du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. Il craint de retourner au Venezuela parce que, notamment, deux des personnes associées à ses activités criminelles au Canada ont été, à leur retour au Venezuela, arrêtées illégalement et ultérieurement assassinées et, de façon plus générale, à cause du dossier horrifiant sur le plan des droits de la personne de la Technico de Policia Judicial, une des organisations qu'il craint au Venezuela. Comme il en sera question plus loin dans les présents motifs, sa revendication a été rejetée par la SSR. Il a demandé l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire. L'autorisation lui a été accordée et j'ai été saisi de l'affaire.

[6] Dans des motifs ayant trait à une décision de ne pas surseoir au renvoi du demandeur au Venezuela, décision qui a été prise après que l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire eut été accordée, le juge Richard (maintenant juge en chef adjoint) a déclaré ceci [*San Vicente Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 351 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux paragraphes 6 et 7]:

Les mesures prises par le requérant et quatre autres personnes ont conduit le juge à conclure en premier lieu qu'il existait un complot ourdi pour réaliser, par la force, l'évasion de deux trafiquants de drogues colombiens de la Fredericton County Jail, et de plus, que M. San Vincente participait à ce complot. Ses quatre co-conspirateurs ont plaidé coupable relativement à l'accusation et ont été condamnés à dix ans d'emprisonnement. M. San Vincente a plaidé non coupable. Toutefois, au procès, il a été déclaré

was noted that he had already spent seven and a half months in pre-trial custody by that time.

In sentencing Mr. San Vicente for his part in this offence, Mr. Justice Stevenson stated:

If you and your companions had attempted to break into the Fredericton Jail and free Jaramillo and Escobar using the weapons that had been accumulated, and having regard to the ammunition you had, the potential for killing or wounding of Corrections personnel, other prisoners in the jail and perhaps bystanders or anyone who happened to be in the neighbourhood at the time, is almost beyond imagination. In addition to that, there was the potential for the taking of hostages. Now, as I say from what we know that's the conclusion one must reach. Maybe you were all amateurs, I don't know, but I have to assume when people are armed and equipped to the extent that you and your companions were, that you're prepared to use those arms and that equipment to effect the purpose you had in mind. That, to my mind, makes it the worst case situation.

#### THE DECISION OF THE CRDD

[7] The CRDD heard the evidence of the applicant and two witnesses on his behalf. It had before it extensive documentary evidence. The applicant was represented before the CRDD by counsel as was the respondent. In its decision, the CRDD acknowledged that there were two basic issues before it: first, whether the applicant was excluded from being a Convention refugee by reason of the exclusions set out in section F of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* signed at Geneva on July 28, 1951 [[1969] Can. T.S. No. 6], as set out in the schedule to the Act [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34]; and secondly, if the applicant was not excluded, whether he was included within the definition "Convention refugee".

[8] The CRDD determined the applicant to be excluded as falling "within the purview of Article 1F(c)". The relevant portions of Article 1F as reproduced in the schedule to the Act, read as follows:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

coupable et condamné à neuf ans d'emprisonnement après qu'il eut été noté qu'il avait déjà purgé sept mois et demi en détention avant procès à ce moment-là.

En condamnant M. San Vicente pour sa participation à l'infraction, le juge Stevenson a dit:

[TRADUCTION] Si vous et vos compagnons avaient [*sic*] tenté d'entrer par effraction dans la Fredericton Jail et de libérer Jaramillo et Escobar, utilisant les armes qui avaient été accumulées, et compte tenu des munitions que vous aviez, la possibilité de tuer ou de blesser le personnel correctionnel, d'autres détenus dans la prison, et peut-être des spectateurs ou quiconque se trouvait dans le voisinage à ce moment-là dépasse presque l'imagination. À part cela, la prise d'otages était possible. Or, comme je dis à partir de ce que nous savons, c'est la conclusion qu'on doit tirer. Peut-être vous étiez tous des amateurs, je ne sais pas, mais je dois présumer que lorsqu'on est armé comme vous et vos compagnons, vous étiez disposés à utiliser ces armes et cet équipement pour la fin que vous aviez en pensée, ce qui constitue, à mon avis, le pire scénario.

#### LA DÉCISION DE LA SSR

[7] La SSR a entendu le témoignage du demandeur et de deux témoins appelés pour son compte. Elle était saisie d'une preuve documentaire abondante. Le demandeur était représenté devant la SSR par un avocat, tout comme le défendeur. Dans sa décision, la SSR a reconnu qu'elle était saisie de deux questions fondamentales: premièrement, le demandeur pouvait-il être exclu comme réfugié au sens de la Convention du fait des exclusions énoncées à la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, signée à Genève le 28 juillet 1951 [[1969] R.T. Can. n° 6], et jointe en annexe à la Loi [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 34]; et deuxièmement, si le demandeur n'était pas exclu, pouvait-il être inclus dans la définition de «réfugié au sens de la Convention».

[8] La SSR a conclu que le demandeur était exclu de la Convention étant donné qu'il tombait [TRADUCTION] «sous le coup de la section 1F(c)». Les parties pertinentes de la section F de l'article premier reproduites à l'annexe de la Loi, sont rédigées dans les termes suivants:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

...

[. . .]

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

[9] In reaching its decision on exclusion, the CRDD quoted from the *Pushpanathan* decision at the trial level in this Court<sup>2</sup> and appears to have been aware of the decision of the Federal Court of Appeal upholding the trial level decision.<sup>3</sup> It wrote:

[9] Pour en arriver à sa décision concernant l'exclusion, la SSR a cité un passage de la décision *Pushpanathan* de la Section de première instance de notre Cour<sup>2</sup> et semble avoir tenu compte de la décision de la Cour d'appel fédérale qui a maintenu la décision de première instance<sup>3</sup>. Elle écrit ceci:

The panel points out also, that even though *Pushpanathan* is currently under appeal, the panel is bound by that decision.

[TRADUCTION] Le tribunal note également que, même si l'arrêt *Pushpanathan* est actuellement en appel, il est lié par cet arrêt.

[10] Given the timing of the decision in *Pushpanathan* before the Federal Court of Appeal and the date of the CRDD decision, the foregoing can only be a reference to the appeal from the Federal Court of Appeal decision in *Pushpanathan* that was, at the time the CRDD wrote, before the Supreme Court of Canada.

[10] Compte tenu de la date de l'arrêt *Pushpanathan* de la Cour d'appel fédérale et de la date de la décision de la SSR, l'extrait ci-dessus ne peut que faire référence à l'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui était, au moment où la section du statut a rédigé ses motifs, devant la Cour suprême du Canada.

[11] Notwithstanding the fact that the CRDD was aware that the *Pushpanathan* appeal was pending before the Supreme Court of Canada, for whatever reason, having decided that the applicant was excluded from consideration as a Convention refugee, the CRDD declined to make an alternative finding with regard to inclusion. This despite the fact that it had before it all of the evidence with regard to inclusion. The CRDD wrote [at paragraph 75]:

[11] Même si la SSR était au courant que l'appel de l'arrêt *Pushpanathan* était en instance devant la Cour suprême du Canada, pour quelque raison que ce soit, ayant décidé que la revendication du statut de réfugié du demandeur ne pouvait être examinée à cause de son exclusion, elle a refusé de tirer une conclusion subsidiaire concernant son inclusion possible, malgré le fait qu'elle était saisie de toute la preuve concernant son inclusion. La SSR a écrit [au paragraphe 75]:

Since the panel finds that the claimant is excluded from the Convention refugee definition pursuant to Section F(c) of Article 1, it is not necessary to analyse the remaining issues under Inclusion.

[TRADUCTION] Étant donné que le revendicateur est exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention en vertu de la section F(c) de l'article premier, il n'est pas nécessaire d'analyser les autres questions concernant son inclusion.

A finding on inclusion would have made the task of this Court, on this hearing, much more encompassing in the event that, as happened, the Supreme Court were to reach a decision different from that reached by the Federal Court of Appeal.

Une conclusion concernant l'inclusion du demandeur aurait élargi le rôle de notre Cour, pendant la présente audition, dans le cas où, comme cela s'est produit, la Cour suprême en viendrait à une décision différente de celle de la Cour d'appel fédérale.

[12] While it is clear that the course of action adopted by the CRDD was open in law, in adopting it, the CRDD effectively ignored the following passage

[12] Bien qu'il soit manifeste que la SSR était en droit de prendre les mesures qu'elle a prises, en agissant ainsi, elle n'a pas tenu compte en fait du



from *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*:<sup>4</sup>

In my opinion, there is no error in law in either approach [that is, going on to consider inclusion or determining not to consider it] but there is a practical reason for the Refugee Division to deal with all elements of a claim in its decision. If it were to hold without reviewable error that, but for the exclusion, a claim was not well-founded, it would not be necessary, as it was in *Moreno*, for the matter to be referred back for yet another full hearing should a court find that the exclusion had been wrongly invoked. On the other hand, if it were to hold, as it did in *Ramirez* and *Sivakumar*, that the claim was well-founded but for the application of the exclusion, and unlike those cases, it were found on appeal to have erred in applying it, this court could make the necessary declaration without requiring the Refugee Division to deal with it again. Taxpayers might appreciate the economies of that approach.

[13] In the event in this matter, what is generally known as “judicial economy” would have been served had the CRDD gone on to consider inclusion of the applicant.

#### PUSHPANATHAN IN THE SUPREME COURT OF CANADA

[14] In June 1998, the Supreme Court of Canada reversed the decision of the Federal Court of Appeal in *Pushpanathan*.<sup>5</sup> Mr. Justice Bastarache, writing for the majority, wrote at pages 1034-1035:

There is no rational connection between the objectives of the Convention and the objectives of the limitation on Article 1F(c) as stated by the respondent. Until the international community makes clear its view that drug trafficking, in one form or another, is a serious violation of fundamental human rights amounting to persecution, then there can be no rationale for counting it among the grounds of exclusion. The connection between persecution and the international refugee problem is what justifies the definitional exclusions in Article 1F(a) and F(c). Acts which fall short of persecution may well warrant *refoulement* under Article 33, and the Act has provided a procedure for determination of the merits of that issue. The *a priori* denial of the fundamental protections of a treaty whose purpose is the protection of human rights is a drastic exception to the purposes of the Convention as articulated in *Ward*, . . . and can only be justified where the protection of those rights is furthered by the exclusion. [Citation omitted.]

passage suivant de l'arrêt *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* <sup>4</sup>:

À mon avis, l'une ou l'autre voie est exempte d'erreur de droit mais il serait souhaitable, pour des raisons pratiques, que la section du statut de réfugié traite dans sa décision de tous les éléments d'une revendication. Si, en l'absence d'erreur susceptible d'examen, elle devait décider que, n'eût été l'exclusion, la revendication était mal fondée, il ne serait pas nécessaire, contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt *Moreno*, de renvoyer l'affaire pour une nouvelle audition dans le cas où le tribunal conclurait que l'exclusion a été invoquée à tort. Par contre, si elle devait décider, comme dans les arrêts *Ramirez* et *Sivakumar*, que la revendication aurait été bien fondée n'eût été l'application de la clause d'exclusion mais qu'à la différence de ces arrêts, il était jugé en appel que la section avait commis une erreur en appliquant cette clause, le tribunal ferait alors la déclaration nécessaire mais sans exiger que la section du statut se saisisse à nouveau de l'affaire. Les contribuables apprécieraient peut-être l'économie ainsi réalisée.

[13] Dans la présente affaire, ce qui est généralement désigné par l'expression «économie des ressources judiciaires» aurait été bien servi si la SSR avait examiné l'inclusion du demandeur.

#### L'ARRÊT PUSHPANATHAN DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

[14] En juin 1998, la Cour suprême du Canada a infirmé l'arrêt *Pushpanathan*<sup>5</sup> de la Cour d'appel fédérale. Le juge Bastarache, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit aux pages 1034 et 1035:

Il n'y a aucun lien rationnel entre les objectifs de la Convention et les objectifs de la limitation prévue à la section Fc) de l'article premier que propose l'intimé. Tant que la communauté internationale n'aura pas dit clairement qu'elle estime que le trafic des drogues, sous une forme ou une autre, est une violation grave des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution, rien ne justifie qu'il soit considéré comme un motif d'exclusion. Le lien entre la persécution et le problème international des réfugiés est ce qui justifie les définitions portant exclusion énoncées aux sections Fa) et Fc) de l'article premier. Les agissements qui ne constituent pas une persécution peuvent fort bien justifier le refoulement en application de l'art. 33, et la Loi prévoit une procédure pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer cette disposition. Le refus a priori d'accorder les protections fondamentales d'un traité dont l'objet est la protection des droits de la personne est une exception radicale aux objets de la Convention tels que définis dans l'arrêt *Ward*, [. . .] et ne peut être justifié que lorsque

[15] Here, the CRDD concluded that the applicant was excluded from the definition of Convention refugee by reason of the relationship of the conspiracy for which he was convicted to drug trafficking.

## ISSUES

[16] Only two issues were argued before me, and only one of those with any vigour. The first was whether the CRDD had made a reviewable error in concluding that the applicant was excluded from consideration as a Convention refugee and the second was whether this application for judicial review is moot by reason of the fact that, following the granting of leave, and following rejection by this Court of an application to stay removal of the applicant to Venezuela under an outstanding removal order, the applicant was removed to Venezuela where, apparently, he remains.

## ANALYSIS

### a. Reviewable error

[17] Counsel for the respondent took no position on this issue. Not surprisingly, in light of the *Pushpanathan* decision in the Supreme Court of Canada, counsel for the applicant urged that the CRDD erred in law in determining the applicant to be excluded under Article 1F(c) of the Convention. I am in agreement with the position of counsel for the applicant. I determine that the CRDD erred in law in finding the applicant to be excluded from consideration as a Convention refugee.

### b. Mootness

[18] The definition of "Convention refugee" in subsection 2(1) of the Act reads as follows:

l'exclusion favorise la protection de ces droits. [Référence omise.]

[15] En l'espèce, la SSR a conclu que le demandeur était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention à cause du lien existant avec le complot pour lequel il a été reconnu coupable de trafic de drogues.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[16] Deux questions seulement ont été débattues devant moi, et en fait une seule avec une quelconque vigueur. La première question était de savoir si la SSR avait commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le demandeur ne pouvait être examinée à cause de son exclusion, et la deuxième était de savoir si la demande de contrôle judiciaire est théorique du fait qu'après que l'autorisation eut été accordée au demandeur et après que la présente Cour eut refusé de surseoir à la mesure de renvoi au Venezuela qui pouvait être exécutée contre le demandeur, le demandeur a été expulsé au Venezuela où, apparemment, il se trouve toujours.

## ANALYSE

### a. L'erreur susceptible de contrôle

[17] L'avocat du défendeur n'a pris aucune position sur ce point. Par ailleurs, il n'est pas surprenant de constater qu'à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan* de la Cour suprême du Canada, l'avocat du demandeur a instamment fait valoir que la SSR avait commis une erreur de droit en déterminant que le demandeur devait être exclu en vertu de la section Fc) de l'article premier de la Convention. J'accepte la position de l'avocat du demandeur. Je conclus que la SSR a commis une erreur de droit en déclarant que le demandeur était exclu au titre d'une considération comme réfugié au sens de la Convention.

### b. Le caractère théorique

[18] La définition de «réfugié au sens de la Convention» donnée au paragraphe 2(1) de la Loi est rédigée dans les termes suivants:

## 2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act; [Emphasis added.]

[19] Subsection 2(2) of the Act referred to in paragraph (b) of the definition is not relevant for the purposes of this matter.

[20] The CRDD determined the applicant to be a national of Venezuela. Following the grant of leave with respect to this application for judicial review, the applicant was deported to Venezuela by the respondent when this Court denied an application to stay an order for removal. Counsel for the respondent thus argues that, since the applicant is not “outside the country of [his] nationality”, he cannot possibly be determined to be a “Convention refugee” and thus this application for judicial review is now moot since, whether or not the CRDD made a reviewable error in reaching the decision that it did with regard to the applicant, to refer this matter back to the CRDD for determination of whether or not the applicant would be a Convention refugee if he were still in Canada, would be to order a determination the result of which would inevitably be a determination against the applicant, since the applicant is not still in Canada.

[21] Counsel for the applicant urges that I should not determine this matter to be moot. Counsel acknowl-

## 2. (1) [. . .]

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi. [Je souligne.]

[19] Le paragraphe 2(2) de la Loi dont il est question à l’alinéa b) de la définition n’est pas pertinent pour les fins de l’espèce.

[20] La SSR a conclu que le demandeur était un ressortissant du Venezuela. Après que l’autorisation de déposer la présente demande de contrôle judiciaire lui eut été accordée, le demandeur a été expulsé au Venezuela par le défendeur quand la présente Cour a refusé de surseoir à la mesure de renvoi. L’avocat du défendeur fait donc valoir que, puisque le demandeur ne se trouve pas «hors du pays dont [il] a la nationalité», il ne peut être reconnu comme «réfugié au sens de la Convention», et que, par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est maintenant théorique puisque, que la SSR ait ou non commis une erreur susceptible de contrôle en parvenant à la décision qu’elle a prise concernant le demandeur, le fait de lui renvoyer cette affaire pour qu’il soit décidé si le demandeur pourrait être reconnu comme réfugié au sens de la Convention s’il se trouvait toujours au Canada, équivaldrait à ordonner de prendre une décision dont le résultat irait inévitablement à l’encontre du demandeur, puisqu’il ne se trouve pas au Canada.

[21] L’avocat du demandeur fait valoir que je ne dois pas conclure que cette affaire est théorique. Il

edges that section 48 of the Act places on the respondent an obligation to execute a removal order “as soon as reasonably practicable.” This must be read together with the right conferred on the applicant by subsection 82.1(1) [as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act to seek judicial review of the decision made against him by the CRDD. Nothing on the face of the Act indicates that the fulfilment by the respondent of her obligation has the effect of rendering meaningless or nugatory the right conferred on the applicant by subsection 82.1(1). Thus, counsel urges, in the absence of an express provision on the face of the Act indicating that the removal of a person such as the applicant to his or her country of nationality overrides the right conferred by subsection 82.1(1), the Act should not be so interpreted.

[22] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*,<sup>6</sup> Mr. Justice Sopinka wrote at page 353:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant factors relating to the exercise of the court’s discretion are discussed hereinafter. [Emphasis added.]

[23] The first question then is whether or not, on the facts before me, there exists a live controversy. I determine that there remains a live controversy.

[24] In *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>7</sup> the Federal Court of Appeal implied

reconnaît que l’article 48 de la Loi impose au défendeur l’obligation d’exécuter une mesure de renvoi «dès que les circonstances le permettent». Cet article doit être lu de concert avec le droit qui est conféré au demandeur au paragraphe 82.1(1) [édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi de demander le contrôle judiciaire de la décision prise contre lui par la SSR. À la lecture de la Loi, rien n’indique que l’exécution de son obligation par le défendeur a pour effet de rendre inopérant ou de vider de son sens le droit conféré au demandeur au paragraphe 82.1(1). L’avocat du demandeur soutient donc qu’en l’absence d’une disposition expresse de la Loi indiquant que le renvoi d’une personne, comme le demandeur en l’espèce, dans le pays dont il a la nationalité annihile le droit qui lui est conféré au paragraphe 82.1(1), la Loi ne peut être interprétée dans ce sens.

[22] Dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*<sup>6</sup>, le juge Sopinka a écrit à la page 353:

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu’un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu’une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s’applique quand la décision du tribunal n’aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l’affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l’action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l’introduction de l’action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu’il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique générale s’applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n’exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l’appliquer. J’examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d’exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire. [Non souligné dans l’original.]

[23] La première question est donc de savoir si, d’après les faits dont je suis saisi, il y a ou non un litige actuel. Je conclus qu’il y a toujours un litige actuel.

[24] Dans l’arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>7</sup>, la Cour d’appel

that execution of a removal order renders a right of appeal moot or nugatory. Mr. Justice MacKay expresses the same implication in respect of a right to seek judicial review in *Hosein v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*.<sup>8</sup> However, in neither of those cases was there a direct finding to that effect and certainly there was no direct finding on facts such as those before me.

[25] In *Cross v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,<sup>9</sup> Mr. Justice Pinard found, on what he described as “particular and exceptional circumstances”, that there remained no live controversy on an application for judicial review of a decision of an immigration officer “whereby he arrested the applicant at the Vancouver Pre-Trial Detention Centre . . . and removed him to the Canada/US border there turning him over to the United States authorities”.

[26] By contrast and, I find, more directly on point, Mr. Justice Rothstein in *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>10</sup> wrote:

The deportation of an individual from Canada, while having negative consequences to the individual, does not eliminate all rights that may accrue to him under the *Immigration Act*. Those rights should not be adversely affected by a decision made by application of the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness.

[27] I am satisfied that the same can be said where the decision under review, as here, is based upon an error of law.

[28] Once again in *Pushpanathan, supra*, Mr. Justice Bastarache wrote at pages 1023-1024:

Using a textual analysis of the Convention itself, and taking account of the views of commentators, La Forest J., at p. 733, [in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689] defines the purpose of the Convention with reference to the specific issue of the definition of refugee, which is precisely the issue in this case as well.

fédérale a laissé entendre que l'exécution d'une mesure de renvoi rend le droit d'appel théorique ou inopérant. Le juge MacKay s'est exprimé de la même façon pour ce qui a trait au droit de demander un contrôle judiciaire, dans la décision *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.<sup>8</sup> Toutefois, il n'y a pas eu, dans l'un comme dans l'autre cas, de conclusion directe en ce sens, et il n'y a certainement pas eu de conclusion directe tirée à partir de faits comme ceux dont je suis saisi.

[25] Dans la décision *Cross c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>9</sup>, le juge Pinard a conclu qu'étant donné les «circonstances particulières et exceptionnelles» qui caractérisaient l'affaire dont il était saisi il n'y avait plus de litige réel justifiant la demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'immigration avait «arrêté le requérant au centre de détention provisoire de Vancouver [. . .] et [l'avait] renvoyé à la frontière entre le Canada et les États-Unis pour être livré aux autorités américaines».

[26] À l'opposé et, à mon avis de manière beaucoup plus pertinente, le juge Rothstein dans la décision *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>10</sup> écrit ceci:

L'expulsion d'une personne du Canada—une mesure qui a des conséquences négatives pour la personne en question—n'efface pas tous les droits que peut lui conférer la *Loi sur l'immigration*. Il ne faudrait pas qu'une décision, prise à la suite de l'application de la mauvaise norme de preuve et sans faire bénéficier le requérant de l'équité procédurale, ait une incidence négative sur ces droits.

[27] Je suis convaincu que le même raisonnement peut s'appliquer lorsque la décision faisant l'objet du contrôle, comme celle en l'espèce, est fondée sur une erreur de droit.

[28] Dans *Pushpanathan*, précité, le juge Bastarache a écrit également aux pages 1023 et 1024:

Procédant à l'analyse textuelle de la Convention et prenant en considération les vues des commentateurs, le juge La Forest définit, aux pp. 733 et 734 [dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689], l'objet de la Convention par rapport à la question expresse de la définition du mot «réfugié», qui est aussi précisément la question visée par le présent pourvoi:

Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. This is indicated in the preamble to the treaty as follow:

CONSIDERING that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

This theme outlines the boundaries of the objectives sought to be achieved and consented to by the delegates. It sets out, in a general fashion, the intention of the drafters and thereby provides an inherent limit to the cases embraced by the Convention. Hathaway, [J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* 1991] at p. 108, thus explains the impact of this general tone of the treaty on refugee law:

The dominant view however, is that refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any key way, and that the sustained or systemic denial of core human rights is the appropriate standard.

This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of "Convention refugee".

The human rights character of the Convention is further confirmed by the "Objectives" section of the Act:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulation made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and the international interests of Canada recognizing the need

. . .

(g) To fulfill Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and persecuted; [Emphasis added.]

This overarching and clear human rights object and purpose is the background against which interpretation of individual provisions [of the *Immigration Act*] must take place.

[29] Against this overarching and clear human rights object and purpose as the background to this matter, I adopt the position of counsel for the applicant. In the absence of express words on the face of the Act requiring me to do so, I am not prepared to read the

La Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C'est ce qu'indique le préambule du traité:

CONSIDÉRANT que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce thème donne un aperçu des limites des objectifs que les délégués cherchaient à atteindre et dont ils avaient convenu. Il énonce, d'une façon générale, l'intention des rédacteurs et fixe de ce fait une limite inhérente aux cas visés par la Convention. Hathaway [J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* 1991], à la p. 108, explique ainsi l'incidence de ce ton général du traité sur le droit relatif aux réfugiés:

[TRADUCTION] Toutefois, le point de vue dominant est que le droit relatif aux réfugiés devrait s'appliquer aux actions qui nient d'une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée.

Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention».

Le caractère de la Convention en tant qu'instrument de défense des droits de la personne est en outre étayé par l'article de la Loi définissant les «objectifs»:

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[. . .]

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées; [Je souligne.]

Ces objets et ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation à donner aux diverses dispositions.

[29] Cet objectif nettement en rapport avec les droits de la personne constituant le contexte de la présente affaire, j'adopte la position de l'avocat du demandeur. En l'absence de dispositions expresses de la Loi qui m'obligeraient à le faire, je ne suis pas disposé à

right conferred on the applicant herein by subsection 82.1(1) of the Act in such a manner that it is rendered nugatory by the performance by the respondent of her duty to execute a removal order as soon as reasonably practicable. Nor am I prepared to have the applicant's right indirectly rendered nugatory by the rendering of a decision of this Court that confers a meaningless right to a redetermination by the CRDD. I determine this application not to be moot in that it continues to present a live controversy. I am satisfied that this conclusion is consistent with the decision of Rothstein J. in *Ramoutar, supra*.

[30] If I am wrong in determining that a live controversy continues to exist on the facts of this matter, the query from *Borowski* that appears earlier in these reasons makes it clear that I nonetheless have a discretion to depart from the general policy of refusing to hear a matter that is moot. The decision in *Borowski* outlines factors relating to the exercise of such discretion.

[31] At pages 358-359 of *Borowski, supra*, Mr. Justice Sopinka wrote:

In formulating guidelines for the exercise of discretion in departing from a usual practice, it is instructive to examine its underlying rationalia. To the extent that a particular foundation for the practice is either absent or its presence tenuous, the reason for its enforcement disappears or diminishes.

The first rationale for the policy and practice referred to above is that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. The requirement of an adversarial context is a fundamental tenet of our legal system and helps guarantee that issues are well and fully argued by parties who have a stake in the outcome. It is apparent that this requirement may be satisfied if, despite the cessation of a live controversy, the necessary adversarial relationships will nevertheless prevail.

[32] Mr. Justice Sopinka continued at page 360:

The second broad rationale on which the mootness doctrine is based is the concern for judicial economy . . . . It is an unfortunate reality that there is a need to ration scarce judicial resources among competing claimants . . . .

conclure que le droit conféré au demandeur par le paragraphe 82.1(1) de la Loi est rendu inopérant du fait que le défendeur s'acquitte de son obligation d'exécuter une mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Je ne suis pas non plus disposé à accepter que le droit du demandeur soit rendu indirectement inopérant par suite d'une décision de notre Cour qui confère un droit vide de sens à une nouvelle décision de la part de la SSR. Je considère que la présente demande n'est pas théorique et qu'elle constitue la poursuite d'un litige réel. Je suis convaincu que cette conclusion est fidèle à la décision du juge Rothstein dans *Ramoutar*, précité.

[30] Si j'ai tort de conclure qu'un litige réel continue d'exister d'après les faits de l'espèce, le passage précité de *Borowski* indique clairement que j'ai néanmoins le pouvoir discrétionnaire de m'écarter du principe général de refuser d'entendre une affaire qui est théorique. Les facteurs ayant trait à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sont énoncés dans *Borowski*.

[31] Aux pages 358 et 359 de l'arrêt *Borowski*, précité, le juge Sopinka s'exprime ainsi:

Pour formuler des lignes directrices applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à écarter une pratique habituelle, il est utile d'en étudier les assises. Dans la mesure où une assise donnée de cette pratique est faible ou inexistante, les raisons de l'appliquer diminuent ou disparaissent.

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects. Il semble que cette exigence puisse être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure.

[32] Le juge Sopinka continue dans ces mots à la page 360:

La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires [. . .] La triste réalité est qu'il nous faut rationner et répartir entre les justiciables des ressources judiciaires limitées [. . .]

The concern for conserving judicial resources is partially answered in cases that have become moot if the court's decision will have some practical effect on the rights of the parties notwithstanding that it will not have the effect of determining the controversy which gave rise to the action . . . .

Similarly, an expenditure of judicial resources is considered warranted in cases which although moot are of a recurring nature but brief duration. In order to ensure that an important question which might independently evade review be heard by the court, the mootness doctrine is not applied strictly.

[33] Finally, Mr. Justice Sopinka outlined a third underlying rationale in the following terms at page 362:

The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for the Court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function. The Court must be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework. Pronouncing judgments in the absence of a dispute affecting the rights of the parties may be viewed as intruding into the role of the legislative branch.

[34] Mr. Justice Sopinka concluded on the question of exercise of discretion in the following terms at page 363:

In exercising its discretion in an appeal which is moot, the Court should consider the extent to which each of the three basic rationalia for the enforcement of the mootness doctrine is present. This is not to suggest that it is a mechanical process. The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

[35] Against these criteria or, to use Mr. Justice Sopinka's term, "rationalia", I would conclude, if necessary, that this is an appropriate matter in which to exercise my discretion to deal with this application for judicial review notwithstanding that it is moot.

[36] It is beyond question that there is here an "adversarial context". The applicant was represented by counsel before me. It was not in dispute before me that if I were to determine this matter in favour of the

L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action [. . .]

De même, il peut être justifié de consacrer des ressources judiciaires à des causes théoriques qui sont de nature répétitive et de courte durée. Pour garantir que sera soumise aux tribunaux une question importante qui, prise isolément, pourrait échapper à l'examen judiciaire, on peut décider de ne pas appliquer strictement la doctrine du caractère théorique.

[33] Finalement, le juge Sopinka énonce la troisième raison d'être de la doctrine dans les termes suivants à la page 362:

La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiètement sur la fonction législative.

[34] Le juge Sopinka conclut sur la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les termes suivants à la page 363:

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

[35] En tenant compte de ces critères ou, pour reprendre le terme utilisé par le juge Sopinka, de ces raisons d'être, je suis d'avis de conclure, si cela est nécessaire, qu'il s'agit d'une affaire à l'égard de laquelle je dois à bon droit exercer mon pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande de contrôle judiciaire, malgré son caractère théorique.

[36] Il va sans dire que nous sommes ici en présence d'un «débat contradictoire». Le demandeur était représenté par un avocat devant moi. Il n'a pas été contesté que, si je tranche cette affaire en faveur du



applicant, I have the authority to order the respondent to return the applicant to Canada, at the respondent's expense, in order to render a new determination by the CRDD meaningful. Whether or not such an order would be required is a question that I will turn to later in these reasons.

[37] Against the "overarching and clear human rights object and purpose" that is the background against which interpretation of provisions of the Act must take place,<sup>11</sup> I am not satisfied that significant weight should be given to the concern for judicial economy.

[38] Finally, I acknowledge a responsibility to demonstrate a measure of awareness that the function of this Court is an adjudicative one, and only very incidentally, a law-making one, in the context of Canada's political framework. I do not regard my assumption of jurisdiction in this matter, assuming that it might be moot, as in the least inappropriate or in some way an improper assumption of a law-making function. Parliament created what might be seen to be the conflicting duty on the part of the respondent and right on the part of the applicant to which I have earlier referred. For whatever reason, Parliament did not see fit to provide an explicit, nor even an implicit, priority as between that duty and that right. To adopt the position that the right is not rendered nugatory by the exercise of the duty, in the absence of express words from Parliament so providing, is, I conclude, nothing more than to defer to Parliament in its law-making function and to assume the adjudicative role which I determine Parliament to have conferred on this Court.

[39] Mr. Justice Rothstein appears to have reached essentially the same conclusion in *Ramoutar, supra*, when he wrote at page 378:

Even if the case were moot, I would exercise my discretion to decide it. The adversarial relationship between the parties continues. There are collateral consequences to the applicant if the decision appealed from is allowed to stand. And this is not a case in which a decision by this Court could reasonably be considered to be an intrusion into the

demandeur, j'ai le pouvoir d'ordonner au défendeur de ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur, afin qu'une nouvelle décision prise par la SSR puisse avoir un sens. Je reviendrai plus loin dans les présents motifs pour décider si une telle ordonnance sera ou non nécessaire.

[37] Compte tenu des «objets et ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne» qui constituent le contexte dans lequel doit s'inscrire l'interprétation à donner aux dispositions de la Loi<sup>11</sup>, je ne suis pas convaincu qu'il faut accorder beaucoup d'importance à la question de l'économie des ressources judiciaires.

[38] Finalement, je crois qu'il est de mon devoir de faire la preuve que je suis conscient que la Cour a d'abord une fonction décisionnelle et, de façon très accessoire, une fonction d'élaboration du droit, dans le contexte de la structure politique du Canada. Je ne considère pas ma décision de me prononcer sur cette affaire, en supposant qu'elle puisse être théorique, comme étant le moins du monde inappropriée ou comme étant un empiètement sur la fonction législative. Le législateur a créé ce qui pourrait être vu comme une obligation du défendeur qui est incompatible avec le droit du demandeur, ce dont j'ai déjà parlé plus haut. Pour une raison ou pour une autre, le législateur n'a pas jugé utile d'établir une priorité explicite, ni même implicite, entre cette obligation et ce droit. Décider que le droit n'est pas rendu inopérant par l'exercice de cette obligation, en l'absence d'une intention clairement exprimée par le législateur, ne constitue, à mon avis, rien de plus que de faire preuve de respect à l'égard de la fonction législative du Parlement et d'assumer le rôle décisionnel que le législateur a, selon ma conclusion, conféré à notre Cour.

[39] Le juge Rothstein semble être parvenu essentiellement à la même conclusion dans la décision *Ramoutar*, précitée, quand il écrit ceci à la page 378:

Même si l'affaire était sans objet, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré pour la trancher. La relation d'opposition entre les parties subsiste. La décision qui fait l'objet d'un appel, si elle est maintenue, aura des conséquences secondaires pour le requérant. Et nous n'avons pas affaire en l'espèce à un cas où l'on pourrait considérer

function of the legislative branch of government.

[40] In the result then, even if this matter is moot, I conclude that this is an appropriate case in which to exercise my discretion to deal with the matter.

## CONCLUSION

[41] Having concluded that this application is properly before me, that is, that it is not moot, or if it is moot, I should nonetheless deal with it, and having determined that the CRDD erred in law in finding the applicant to be excluded from consideration as a Convention refugee, I further conclude that this application for judicial review must be allowed.

## REMEDY

[42] I noted earlier in these reasons that I am not prepared to provide a meaningless remedy in the form of a reference back to the CRDD for redetermination that could only be a determination that the applicant is not a Convention refugee because he is not outside the country of his nationality. That being said, I am not prepared to arbitrarily order the respondent to return the applicant to Canada at the respondent's expense if the return of the applicant should prove to be unnecessary to an effective redetermination by the CRDD of the applicant's claim to Convention refugee status as against Venezuela.

[43] Before me, it was conceded that the CRDD had sufficient evidence before it to make a determination as to whether the applicant falls within the definition of "Convention refugee". As I indicated earlier, it is to be sincerely regretted that the CRDD failed to make that determination. I was advised informally at the hearing of this matter that the members of the CRDD who constituted the panel that heard the applicant's claim remain members of the CRDD. It is therefore arguable, and I make no determination in this regard, that the CRDD could make a determination with regard to the applicant's claim for inclusion on the

d'une manière raisonnable qu'une décision de la présente Cour s'immisce dans les fonctions du pouvoir législatif du gouvernement.

[40] Par conséquent, même si cette affaire est théorique, je conclus qu'il s'agit d'un cas où je peux à bon droit exercer mon pouvoir discrétionnaire d'entendre l'affaire.

## CONCLUSION

[41] Ayant conclu que j'ai été saisi à bon droit de la présente demande, c'est-à-dire qu'elle n'est pas théorique ou que, si elle est théorique, je dois néanmoins la traiter, et après avoir conclu que la SSR a commis une erreur de droit en concluant que la revendication du statut de réfugié du demandeur ne pouvait être examinée à cause de son exclusion, j'en arrive de plus à la conclusion que la présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

## LA RÉPARATION

[42] J'ai noté ci-dessus dans les présents motifs que je n'étais pas disposé à fournir une réparation vide de sens en renvoyant l'affaire à la SSR pour qu'elle n'ait d'autre choix que de décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il ne se trouve pas hors du pays dont il a la nationalité. Cela dit, je ne suis pas disposé à ordonner arbitrairement au défendeur de ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur, si le retour du demandeur au Canada doit s'avérer inutile pour la prise efficace d'une nouvelle décision sur sa revendication du statut de réfugié à l'égard du Venezuela.

[43] Les parties ont concédé devant moi que la SSR était saisie d'éléments de preuve suffisants pour décider si le demandeur relève de la définition de «réfugié au sens de la Convention». Comme je l'ai dit ci-dessus, il faut sincèrement regretter que la SSR ne se soit pas prononcée sur ce point. On m'a officieusement informé à l'audition de la présente affaire que les membres de la SSR qui constituaient le tribunal qui a entendu la revendication du demandeur étaient toujours en fonction. On peut donc soutenir, et je ne prends aucune décision à cet égard, que la SSR pourrait se prononcer sur l'inclusion du demandeur

evidence that was before it and, more particularly, before the panel members present when that evidence was adduced, without offending the principles of natural justice and procedural fairness that the CRDD is required to observe. That determination, if appropriate, could be made on the fictional assumption, for the purposes of the determination only, that the applicant is in Canada and not in Venezuela.

[44] I will grant relief in essentially the following terms: this application for judicial review is allowed. The decision of the Convention Refugee Determination Division with respect to the applicant is set aside and this matter is remitted to the Immigration and Refugee Board for redetermination. If the Immigration and Refugee Board determines it necessary that the applicant again appear before the CRDD to allow it to comply with this order, and so advises the respondent, then the respondent is ordered to forthwith make her best efforts to return the applicant to Canada at the respondent's expense. If the Immigration and Refugee Board, without requiring the return of the applicant and working on the assumption that the applicant is in Canada when that is not in fact the case, determines the applicant to be a Convention refugee as against Venezuela, then the respondent is ordered to forthwith make her best efforts to return the applicant to Canada at the respondent's expense.

#### WRITTEN SUBMISSIONS

[45] At the close of the hearing, I undertook to distribute to counsel draft reasons for consideration of the terms of my proposed order and as to whether a question or questions should be certified in this matter. Draft reasons were distributed and written submissions were provided by counsel for the applicant and counsel for the respondent.

[46] Neither counsel recommended certification of a question. No question will be certified.

d'après la preuve dont elle était saisie et, plus particulièrement, dont étaient saisis les membres du tribunal qui étaient présents quand cette preuve a été produite, sans contrevenir aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale que la SSR est tenue de respecter. Cette décision, si elle est appropriée, pourrait être prise en supposant, pour les fins de cette décision seulement, que le demandeur se trouve au Canada et non au Venezuela.

[44] Essentiellement, j'accorde réparation selon les modalités suivantes: la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la SSR concernant le demandeur est infirmée et l'affaire est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour nouvelle décision. Si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié estime nécessaire que le demandeur compare sa situation devant la SSR pour qu'elle puisse se conformer à la présente ordonnance, et qu'elle en avise le défendeur en conséquence, j'ordonne au défendeur de prendre sur-le-champ toutes les mesures nécessaires pour ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur. Si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, sans exiger le retour du demandeur et en partant de l'hypothèse que le demandeur se trouve au Canada, alors que ce n'est pas le cas, conclut que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention à l'égard du Venezuela, alors j'ordonne au défendeur de prendre sans délai toutes les mesures nécessaires pour ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur.

#### OBSERVATIONS ÉCRITES

[45] À la fin de l'audience, je me suis engagé à remettre aux avocats la version préliminaire de mes motifs pour qu'ils examinent les modalités de mon projet d'ordonnance et pour qu'ils décident s'il y a lieu de faire certifier une ou plusieurs questions. Ces motifs préliminaires ont été distribués et des observations écrites m'ont été fournies par les avocats du demandeur et du défendeur.

[46] Aucun des avocats n'a proposé de question aux fins de la certification. Aucune question ne sera donc certifiée.

[47] Counsel for the respondent provided no submissions with regard to the form of the order. By contrast, counsel for the applicant urged additions to the form of order reflected in these reasons to direct that the redetermination of the CRDD be made by the same panel which rendered the decision here under review and to reflect an additional consideration to be addressed by the CRDD in determining whether or not return of the applicant to Canada is necessary for the redetermination of the applicant's refugee claim. The additional consideration would relate to principles of natural justice and procedural fairness that the CRDD should be required to observe.

[48] In his written submissions, counsel for the applicant indicates that "to the best of [his] knowledge", the members of the CRDD who rendered the decision here under review remain members of the CRDD at this time. That is far from an assurance that those members would be readily available to conduct a redetermination of the applicant's refugee claim. I will not impose restrictions on the discretion of the Immigration and Refugee Board to ensure that a redetermination is carried out in the most just and expeditious manner practicable. Similarly, I will not undertake to establish even a partial list of the factors that the Immigration and Refugee Board might wish to take into account in determining whether it is necessary that the applicant again appear before the CRDD to allow it to comply with this order. Thus, the proposals of counsel for the applicant regarding the form of order in this matter will not be adopted.

[47] L'avocat du défendeur n'a fait aucune observation concernant la forme de l'ordonnance. À l'opposé, l'avocat du demandeur a demandé des ajouts à la forme de l'ordonnance dont font état les présents motifs, qui auraient pour effet d'ordonner à la SSR que la nouvelle décision soit prise par le même tribunal qui a rendu la décision faisant l'objet du présent contrôle et de refléter une autre considération dont la section du statut devrait tenir compte en décidant s'il est nécessaire de ramener le demandeur au Canada pour trancher la revendication du statut de réfugié. Cette considération supplémentaire a trait aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale que la SSR est tenue d'observer.

[48] Dans ses observations écrites, l'avocat du demandeur indique que [TRADUCTION] «autant [qu'il] sache», les membres de la SSR qui ont rendu la décision qui fait l'objet du contrôle en sont toujours membres. Il est loin d'être sûr que ces membres pourraient facilement se libérer pour rendre une nouvelle décision concernant la revendication du statut de réfugié du demandeur. Je n'imposerai donc aucune restriction au pouvoir discrétionnaire qui est conféré à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de faire en sorte qu'une nouvelle décision est prise de la manière la plus juste et la plus rapide possible. De même, je n'entreprendrai pas d'établir même une liste partielle des facteurs que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pourrait prendre en compte pour déterminer s'il est nécessaire que le demandeur compare de nouveau devant la SSR pour qu'elle puisse respecter la présente ordonnance. Par conséquent, les propositions de l'avocat du demandeur concernant la forme de l'ordonnance sur cette question ne sont pas retenues.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 [s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)].

<sup>2</sup> See: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 870 (T.D.) (QL).

<sup>3</sup> [1996] 2 F.C. 49 (C.A.).

<sup>4</sup> [1994] 3 F.C. 646 (C.A.), at p. 657.

<sup>5</sup> [1998] 1 S.C.R. 982.

<sup>6</sup> [1989] 1 S.C.R. 342.

<sup>7</sup> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.), at p. 126.

<sup>8</sup> (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162 (F.C.T.D.), at p. 168.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 [art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1)].

<sup>2</sup> Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 870 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>3</sup> [1996] 2 C.F. 49 (C.A.).

<sup>4</sup> [1994] 3 C.F. 646 (C.A.), aux p. 657 et 658.

<sup>5</sup> [1998] 1 R.C.S. 982.

<sup>6</sup> [1989] 1 R.C.S. 342.

<sup>7</sup> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.), à la p. 126.

<sup>8</sup> (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 168.

<sup>9</sup> (1996), 111 F.T.R. 304 (F.C.T.D.), at pp. 307-308.

<sup>9</sup> (1996), 111 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux p. 307 et 308.

<sup>10</sup> [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), at p. 378.

<sup>10</sup> [1993] 3 C.F. 370 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 378.

<sup>11</sup> *Pushpanathan, supra*, note 5, at p. 1024.

<sup>11</sup> *Pushpanathan*, précité, note 5, à la p. 1024.



# 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.*

## ARMED FORCES

Application for judicial review of decision of Director of Military Careers, Department of National Defence applicant subject to restricted release policy—Crown submitting application should be struck out because applicant not exhausting internal military grievance procedures—On enlistment applicant signed French document indicating, among other things, obligatory service following graduation—English version indicating pilot obligated to serve minimum of five years regardless of period of subsidization—French version not containing such obligation—Applicant graduating from Royal Military College in May 1992, receiving pilot's wings in May 1994—1997 request for voluntary release denied on ground under restricted release policy until May 5, 1999—As result of ministerial inquiry, Assistant Deputy Minister for Personnel for Department of National Defence denying early release on November 25, 1997 on behalf of Minister of National Defence—July 24, 1997 military memorandum providing only Director of Military Careers in National Defence Headquarters (NDHQ) authorized to approve exception to restricted release policies—On May 28, 1998 Director of Military Careers, NDHQ formally denying applicant's request for release—Applicant not engaging military grievance procedure—Although Federal Court Rules, 1998 not specifically providing procedure to strike out application, may be possible to use gap rule (r. 4), and r. 221 to strike out pleadings—Even if doubt existence of "gap" in Federal Court Rules, still possible to strike out application in exceptional instance, where application so clearly improper as to be without any possibility of success—Whether applicant having adequate alternative remedy to resolve grievance within structured military grievance procedure—Motion dismissed—Military grievance procedure could be viewed as meaningless since, even if worked way up grievance procedure, applicant would come to Director of Military Careers, only person able to approve exceptions to restricted release policy, then to Minister of National Defence, who has already responded through delegate—*Gayler v. Canada (Director Personnel Careers Administra-*

## ARMED FORCES—Concluded

*tion Other Ranks, National Defence Headquarters*), [1995] 1 F.C. 801 (T.D.), wherein MacKay J. deciding as military grievance procedure would be without meaning, applicant not having adequate alternative remedy, applied—Applicant's case not clearly improper, without any possibility of success—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 4, 221.

LOISELLE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1320-98, Hargrave P., order dated 16/11/98, 11 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Application for judicial review of decision of Adjudicator, Immigration and Refugee Board, applicant person described in Immigration Act, s. 27(2) who is inadmissible to Canada under Act, s. 19(1)(c.2), 19(2)(a.1)(i)—Applicant citizen of Hong Kong arriving in Canada in 1982—Member of 14K Triad gang in Hong Kong as teenager—Convicted of theft in Hong Kong in 1979—Arrested by Metro Toronto Police in September 1988, charged with several drug offences—Ordered deported from Canada in September 1997 under Act, s. 32(2)—S. 19(1)(c.2) precluding admission to Canada for those who are or were members of organization that on reasonable grounds is or was engaged in criminal activity, planned, organized and for purpose of commission of offences under Criminal Code, Controlled Drugs and Substances Act—Adjudicator right in determining s. 19(1)(c.2) not violating Charter, s. 2(d)—Act, s. 19(1)(c.2) limits alien's opportunity to come into, remain in Canada as result of membership in organization involved in pattern of illegal activity—Charter, s. 2(d) not engaged as right conferred by it not extending beyond boundaries of Canada to protect right of foreign national to be member of foreign criminal organization—Even if s. 2(d) engaged, restriction

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

on right to freedom of association in s. 19(1)(c.2) reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in free, democratic society—Words “are or were” in s. 19(1)(c.2) should not be given mutually-exclusive meaning—Applicant’s contention s. 19(1)(c.2) criminalizes membership in criminal organization untenable—Purpose not to criminalize membership but to preclude from admission to Canada those unable to satisfy Minister admission would not be detrimental to national interest—Adjudicator right in finding applicant person described in s. 19(1)(c.2)—Adjudicator also right in determining essential elements of offence of theft in Criminal Code correspond to those in Hong Kong statute—Procedure outlined in *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 487 (C.A.) in so doing followed—Definition of “dishonesty” in Hong Kong statute making provision for “without colour of right” element included in Canadian statute—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83), (2) (as am. *idem*), 27(2), 32(2)—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. 2(d)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46—Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.

YUEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5272-97, Cullen J., order dated 4/2/99, 13 pp.)

*Removal of Visitors*

Appeal from Motions Judge’s decision ((1995), 31 Imm. L.R. (2d) 269) dismissing application for judicial review of Adjudicator’s conditional order applicant be deported from Canada under Immigration Act, s. 32.1(4)—Facts before Adjudicator herein more extensive than facts before Motions Judge in *Legault v. Canada (Secretary of State)* (1995), 90 F.T.R. 145 (F.C.T.D.), under appeal Court file A-47-95 (1997), 219 N.R. 376 (F.C.A.)—Gibson J. correct to distinguish Motions Judge’s reasons in *Legault*—Rightly held Adjudicator had reasonable grounds to believe applicant came within Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(ii)—Conditional deportation order properly made by Adjudicator—Answer to question certified negative—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 32.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 12).

KIANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-372-95, Linden J.A., judgment dated 22/10/98, 2 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

## IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of immigration officer’s (IO) decision insufficient compassionate and humanitarian (CH) grounds for applicant to be exempted under Immigration Act, s. 114(2)—Applicant, Jehovah’s Witness from Romania, claimed refugee status after failing to obey order to report for military service in that country—After claim dismissed, applicant applied for landing on CH grounds—IO requested opinion from post-claim determination officer (PCDO) assessing risk to which applicant likely to be exposed if required to return to Romania—PCDO concluded applicant would not be at risk if returned to Romania—PCDO’s report not disclosed to applicant, but presumably considered by IO when deciding to reject applicant’s CH claim—Issues (1) whether IO breached duty of fairness in not disclosing PCDO’s report to applicant prior to determination of claim; (2) whether PCDO exceeded jurisdiction in characterizing as “neither draconian, inhumane or severe” one to three months’ imprisonment, or fine, to which applicant would be liable if convicted under Romanian law; (3) whether PCDO’s conclusion Romanian authorities unlikely to be enforcing military draft law vigorously mere speculation and supported by no evidence; (4) whether PCDO had taken into account irrelevant consideration in noting law had been tabled in Romanian parliament providing for alternative service for conscientious objectors—Application dismissed—With respect to first issue, it has been held that fairness does not require officer to disclose for comment information obtained by PCDO about general country conditions from Documentation Centre of Immigration and Refugee Board, as herein, on ground information publicly available, and anyone familiar with process would anticipate PCDO likely to consult it: *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 461 (C.A.)—In view of latter decision, authoritativeness of *Al-Joubeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 77 (F.C.T.D.) must now be regarded as suspect—Information obtained from Documentation Centre herein falling within concept of “general country conditions” used in *Mancia*—In context, phrase intended to distinguish matters of general knowledge, from those on which applicant likely to be particularly well-informed and therefore should be heard, because, for example, they concern claimant personally or claimant’s activities—Failure to disclose report thus not breach of minimal content of duty of fairness applicable in this decision-making context—Information herein not “extrinsic evidence”—As to second issue, PCDO simply gave opinion, did not make legal determination—Furthermore, PCDO’s opinion not binding on IO and therefore could not taint decision—With respect to third issue, PCDO’s expression of perhaps dubious view, given as one of several bases of risk assessment opinion, not legal determination, not sufficient to invalidate IO’s decision—With respect to fourth issue, PCDO merely provided



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

opinion of risk to which applicant might be exposed if returned to Romania—Existence of proposed amendments suggesting climate of opinion less hostile to religious objectors, and tending to decrease risk of persecution applicant likely to face—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

COJOCAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2499-97, Evans J., order dated 21/1/99, 10 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board of Canada declaring applicants' claims abandoned—Applicants citizens of Chile—Original hearing of application for refugee status scheduled for June 23, 1997—Hearing adjourned to January 20, 1998 due to main applicant's medical condition, state of extreme anxiety—Applicants taking several steps indicating they fully intended to pursue claim—Main applicant suffering from post traumatic stress disorder, as evidenced by psychological assessment prepared by clinical psychologist and confirmed by psychiatrist—Board's consideration of applicants' intention to pursue claims made without regard to totality of available evidence, reviewable error—Board having discretion, under Immigration Act, s. 69.1(6), not to declare claim abandoned when faced with evidence before it—Medical evidence uncontested—Board never expressed concerns regarding credibility of applicants—Board, having fettered discretion, erred in law—Decision quashed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

ALEGRIA-RAMOS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1195-98, Dubé J., order dated 25/1/99, 4 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Fear of persecution in Immigration Act, s. 2(3)—Issues concerning interpretation of Act, s. 2(3) and whether F.C.T.D. decisions in *Arguello-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 285 (F.C.T.D.) and *Shahid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 28 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.) established additional test of "continuing psychological after-effects of previous persecution"—Applicant fled El Salvador in 1979 after beaten, burned, tortured, raped, shot and left for dead—Lived in United States for 7 years, then entered Canada in 1987 and claimed refugee status—Committed offences related to drug and alcohol abuse in 1991 and 1993—Sent

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

to psychiatric hospital for evaluation and assessment—Eventually entered drug and alcohol abuse counselling—In April 1996, as result of savage beating, suffered severe brain injury and became mentally incapacitated—Doctor determined applicant had symptoms consistent with post-traumatic stress disorder—In November 1997, psychiatrist concluded applicant suffered from dementia due to head injury, with drugs and alcohol as possible contributing factors—Psychiatrist concluded applicant might have suffered from post-traumatic stress disorder following 1979 torture—Board found that although applicant had been beaten, tortured, burned, raped, shot and left for dead in 1979, country conditions have changed dramatically since 1979—Board decided not established that applicant's evident suffering continued effect of past persecution—Application allowed—Leading case with respect to interpretation of Immigration Act, s. 2(3) *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.): persons who have suffered under atrocious forms of persecution should not be expected to repatriate, even though they may no longer have any reason to fear further persecution due to fundamental changes in country of origin—Case law, however, not suggesting further test of continuing psychological after-effects—In *Arguello-Garcia*, Trial Judge stated on "objective factors alone", would have found claimant's suffering to warrant application of Act, s. 2(3), and evidence of post-traumatic stress disorder simply reinforced conclusion—Board failed to make determination as to whether or not applicant qualified under exception provided under Act, s. 2(3)—Inappropriate to dictate result to CRDD as question of fact that can only be determined by Board: whether or not applicant meeting exceptional circumstances envisioned by Act, s. 2(3)—Board herein seemed to focus exclusively on whether applicant's current suffering "continued effect of past persecution"—Board accepted fact applicant beaten, burned, tortured, raped, shot and left for dead, but failed to comment on whether nature of persecution sufficiently appalling and atrocious to warrant application of Act, s. 2(3)—Clearly error of law—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

JIMINEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1718-98, Rouleau J., order dated 25/1/99, 14 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review (*certiorari* and *mandamus*) of visa officer's decision rejecting application for permanent residence in Canada under self-employed category as printing press franchiser—Applicant, citizen of Jordan also seeking declaration visa officer's decision erroneous in rejecting applicant's compassionate and humanitarian (CH)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

application—Applicant's husband, who has two wives, landed in Canada with her and three children—Children live with husband and first wife—Applicant submitting visa officer erred in placing too much emphasis on lack of business experience and in concluding she did not qualify under definition of self-employed person, and in taking into consideration irrelevant considerations such as fact applicant husband's second wife—Also submitting denied fairness by visa officer—Application denied—Clear from officer's decision she did not solely consider applicant's lack of business experience as self-employed person—Consideration of application given on CH grounds—In light of commercial nature of business (applicant intended to create and operate printing company in Nova Scotia), officer did not place too much emphasis on applicant's lack of business experience—Moreover, Court will not intervene where visa officer exercised discretion in good faith and in accordance with principles of natural justice and where irrelevant factors not considered—With respect to irrelevant considerations, matter of family arrangement raised by applicant and, as general proposition, visa officer may consider whether admission to Canada of parties to bigamous or polygamous marriage would be contrary to Immigration Act and law of Canada—In any event, applicant's family arrangement not determinative of decision to reject her application.

AWWAD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1003-98, Teitelbaum J., order dated 26/1/99, 10 pp.)

Application for order quashing visa officer's refusal of application for landed immigrant status—Applicant applied for landing as skilled worker (textile worker)—In assessing occupational factor, visa officer determined applicant's bachelor's degree acquired from Bangladesh university in under two years whereas, according to National Occupational Classification (NOC) purposes and for assessment of occupational factor, bachelor's degrees requiring at least three years of full-time study—Application allowed—Text of criteria to be addressed under education factor in Schedule I of Immigration Regulations, 1978 referring to first-level university degree requiring "at least three years of full-time study"—This suggests not all first-level university degrees requiring three years of full-time study—Also, "three years of full-time study" in Canadian context means three eight-month periods with four months off between each period—Furthermore, while reference under occupational factor to NOC only indirectly bringing reference to bachelor's degree, education and training factor of Schedule I of Regulations referring directly to "university degree at bachelor's level", not as, under education factor, to "first-level university degree requiring at least three years of full-time study"—When different terminology used in same legislative document, presumption reason therefor, and that not intended to carry identical meaning—Text of Schedule

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

I leaving impression whatever equivalence to Canadian degree may be, not based on number of years required to obtain degree—Without express statement to that effect, cannot be assumed that when bachelor's degree required pursuant to NOC for given occupation, that requirement only fulfilled for Schedule I purposes by degree requiring three years of full-time study—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Schedule I.

AZIM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4064-98, Reed J., order dated 26/1/99, 9 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Statement of claim seeking damages against defendant for alleged breach of contract or of collateral warranty, or alleged torts by Her Majesty's servants following plaintiff's submission of tender in response to request for tenders for leased premises—Defendant moving for summary judgment—In 1988 Department of Public Works (DPW) calling for tenders for lease of building accommodation within Ottawa-Hull metropolitan area—Plaintiff alleging applicant, through agent, represented would definitely enter into lease for accommodation with company submitting proposal meeting Standards for Leased Accommodation, invitation for tenders *bona fide*—Alleging its proposal was winning proposal because met requirements of Standards for Leased Accommodation at lowest overall cost—Defendant cancelling tender project prior to entering negotiations to extend lease for existing premises—Preliminary issue as to admissibility of document originating with defendant, but objected to by defendant when earlier introduced in cross-examination of defendant's affiant, based on claim to privilege under Canada Evidence Act, s. 39—Plaintiff arguing ruling document inadmissible will preclude it from serving request to admit document pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 255, and launching challenge pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms which it claims should be done at examination for discovery stage of proceedings—Circumstances here not analogous to those in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 where Court of Appeal refusing to accept that certificate under s. 39 precluding disclosure of information from Treasury Board document to which certificate therein related—In *Best* document introduced in discovery by defendant, Crown, without objection, claim to privilege—Here document, though originated with Crown, not produced by defendant, and objection to introduction by plaintiff consistent, but in cross-examination and when matter arose at hearing of motion—That certificate filed after matter arose at hearing not undercutting claim to privilege—Claim

## CROWN—Continued

certified in accord with Canada Evidence Act, s. 39 before decision made to admit or consider document in question, after hearing but before determination of matter while under reserve—In accord with s. 39(1), Court precluded from examining document or hearing information contained therein—Document not admissible—(2) Whether genuine issue for trial—Under Federal Court Rules, 1998, r. 215 respondent to motion for summary judgment having evidentiary responsibility to set out facts, by affidavit, to show genuine issue for trial—Principles applicable in considering motion for summary judgment set out in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.): absent any issue of credibility, under r. 216(3) Court to consider, determine facts necessary to decide questions of fact, law if can be done on whole of evidence—This responsibility distinguishing role of Federal Court Judge in dealing with motion for summary judgment from role of counterpart in considering similar motion under Ontario Rules of Civil Procedure, R. 20—Responsibility under Ontario Rule not extending to determine “if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law”—(i) No evidence supporting claim for breach of contract—In memorandum of fact and law, plaintiff urging tender, meeting all specifications as required by lease proposal documents (LPD) at lowest price, created binding lease agreement as in *Canada Square Corp. v. Versafood Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 250 (C.A.)—That case distinguishable because not involving call for tenders to enter lease but rather agreement to lease identified space—Defendant averring DPW not at any time concluding plaintiff’s tender “winning proposal” as alleged in statement of claim, or that plaintiff’s price lowest—Instead alleging at time project cancelled, evaluation of lease tenders submitted by qualified developers not completed—Acknowledging at time project cancelled plaintiff’s tender among three or four lowest bids—Advertisement inviting interested parties to December 1988 meeting specifically stating “The lowest or any tender not necessarily accepted”, and instructions to offerors including “The lowest or any rate per square metre at which any accommodation is offered will not necessarily be accepted”—*Martel Building Ltd. v. Canada*, [1998] 4 F.C. 300 (C.A.) distinguished as here no conflicting evidence supporting plaintiff’s claim that its tender was lowest bid—Even if plaintiff’s bid lowest, no obligation to conclude contract established in light of specific disavowal of such obligation in communications to prospective offerors—(ii) Alleged collateral warranty based on positive oral response of Crown’s representative when asked if proposal would be awarded to somebody—Necessary intent to have party take seriously what is said to be a promise undermined if alleged warranty contradicts express terms of contract or of offer—Any statement contradicting express words included in LPD not constituting collateral warranty, particularly where advertisement of call for tenders, com-

## CROWN—Continued

ments at December meeting emphasized acceptance of any tender ultimately requiring approval of Treasury Board—(iii) Claim in tort for negotiating in bad faith not yet established as one recognized in law—(iv) Tort action not maintainable against Crown when arising as result of policy decision by government—(v) In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, S.C.C. distinguishing policy decisions from operational decisions; commenting true policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors; stating as general rule decisions concerning budgetary allotments for departments or governmental agencies will be classified as policy decisions—Only evidence before Court that provided by affidavit stating decision made to cancel project, confirmed by Budget papers tabled in House of Commons, followed by decision to renegotiate lease of premises then occupied—While plaintiff not agreeing with government’s description of decision as one made for reasons of restraint, no evidence on which Court can seriously question decision—Cancellation of plan to lease new accommodation for Department of Transport clearly policy decision, giving rise to no claim in tort against Crown under Crown Liability and Proceedings Act—Plaintiff’s claims in tort also precluded by reason of application of Public Authorities Protection Act, s. 7(1), prohibiting commencement of actions after six months after cause of action arose—Action commenced six years after decision, action said to give rise to claim—Each of plaintiff’s claims failing to disclose genuine issue of fact for trial—Motion allowed—Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P. 38 s. 7(1)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 215, 216, 255—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 20.

BOURQUE, PIERRE & FILS LTÉE V. CANADA (T-1-95, MacKay J., order dated 20/1/99, 23 pp.)

Action for declaration amount payable to Crown pursuant to clause 18 of agreement (Proven Area Agreement) between Crown and Imperial Oil Ltd. dated July 1944 royalty as defined in Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (Sahtu Dene Agreement)—Latter agreement providing Crown pay percentage of resource royalties received by Crown in year—Pursuant to Proven Area Agreement, clause 18, Crown to receive annual payment representing 33 1/3% of total well-head price of all petroleum and natural gas produced, saved and sold from Proven Area—Defendant has refused to pay royalty on it, alleging that by virtue of Proven Area Agreement, defendant owns one-third and Imperial Oil Ltd. two-thirds of production; that Proven Area operated as unit for production of petroleum and natural gas by Imperial Oil on behalf of itself and Crown; and that payments in question not royalties within meaning of Sahtu Dene Agreement—Applying

**CROWN—Concluded**

definition given by Jerome A.C.J. in preliminary determination (1997), 133 F.T.R. 203 (F.C.T.D.), “royalty” within meaning of Sahtu Dene Agreement must meet following five criteria: must be “any payment, whether in money or in kind”; must be “in respect of production of a resource”; resource must be in defined area; payment must be “paid or payable to government as owner of the resource”; and payment must not be “for a service, for the issuance of a right or interest or for the granting of an approval or authorization”—Issues whether payments in respect of production of resource and whether paid or payable to government as owner of resource—Production of resource must mean more than simply resource; includes among plethora of processes, surveying, drilling, extracting, and storing of product; includes processes involved in extracting minerals from where they lay: Jerome A.C.J. in reasons for order (*supra*)—Definition of “royalty” in Sahtu Dene Agreement contemplating broad reach, as made clear by use of words “any payment”—As “production” necessary precondition for “payment”, words “in respect of” must be interpreted in broadest possible manner—Finding of Jerome A.C.J. that term “royalty” referring to government as owner of land, as opposed to owner of resource, does not conform to literal interpretation of definition of “royalty”, which definition declared not to be ambiguous—Although parties and Court bound by order to effect word “royalty” as defined in Sahtu Dene Agreement not ambiguous, not bound by reasons for order—Reasons for orders or judgments not appealable—F.C.A. has no jurisdiction at all to entertain appeal from reasons for judgment: *Carlile v. Canada* (1993), 161 N.R. 139 (F.C.A.)—If defendant intended to exclude annual payments in question from all-embracing “any payment”, defendant ought to have said so—While definition clearly excluding “any payment for service, for issuance of right or interest or for granting of approval or authorization”, silent with reference to annual payments or payable to government by Imperial Oil—Declaration will issue to effect amounts payable to defendant pursuant to clause 18 of Proven Area Agreement resource royalties described in Sahtu Dene Agreement, clause 10.1.1.

SAHTU SECRETARIAT INC. V. CANADA (T-1033-95, Dubé J., judgment dated 12/11/99, 11 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal, cross-appeal from CITT’s decision concerning transaction value of goods imported into Canada—Customs Act imposing duties on goods at percentage rate calculated by applying rate to value determined in accordance with ss. 45 to 55—Value for duty of goods appraised on basis of transaction value of goods, determined by ascertaining price paid, payable for goods sold for export to Canada, and by

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

adjusting price with amounts mentioned in s. 48(5)—Respondent acquiring goods through ordering system controlled by American parent company, who also controls selection of goods available, prices paid for such goods—When goods ready for shipment, Hong Kong subsidiary of same parent company invoiced for goods, which in turn invoices parent company, which in turn invoices respondent—Invoices reflecting mark-up for services, profit—Both Hong Kong subsidiary, parent company taking title to goods prior to transfer of title to respondent—Goods shipped directly to respondent—Products imported including goods bearing trade-marks of licensor X, and trade-marks of group referred to as master licensors—Respondent required to pay royalties to licensor X equal to specified percentage of net invoiced billings for goods sold to customers in Canada—In addition respondent reimbursing parent company fees paid to master licensors to obtain licence rights—In determining transaction value, DMNR taking position sums paid to licensor X royalties required to be added to price paid, payable for goods as paid by respondent, directly or indirectly, as condition of sale of goods for export to Canada—With respect to reimbursement of licence fees, DMNR using last sale between parent company and respondent as basis for determining transaction value—Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed—(1) Whether royalties paid to licensor X royalties within meaning of s. 48(5)(a)(iv)—Three criteria must be met before payments made to licensors added to price: (i) payments must be royalties or licence fees; (ii) must be paid in respect of goods so exported; (iii) must be paid, directly or indirectly, as condition of sale of goods for export to Canada—Only third criterion at issue—No requirement under s. 48(5)(a)(iv) royalties be paid to vendor as: (i) price paid, payable for goods to be exported already inclusive of all payments made, directly or indirectly, to or for benefit of vendor; therefore additional payments under s. 48(5)(a)(iv) must necessarily refer to payments to other parties; type of additions to sale price required evidences payments to third parties as part of transaction value—Not every payment of royalties intended to be dutiable under Act—Value for duty transaction value of imported goods, to be determined by ascertaining price paid, payable by purchaser to which certain number of adjustments in terms of additions have to be made—Royalties paid in respect of imported goods must be added to purchase price only when their payment condition of sale of goods for export to Canada (s. 48(5)(a)(iv))—Requiring more than simple connection (evidenced by words “in respect of the goods”, referring to second criterion) of royalties with goods imported—Payment of royalties must be in respect of imported goods—Payment of royalties pursuant to s. 48(5)(a)(iv) condition of sale of goods if appearing as such in contract of sale between vendor and importer, and if either licensor or vendor can prevent importation of goods by purchaser or seriously compromise purchaser’s ability to buy goods for export in cases where failed to pay royalties—As s. 48(5)(a)(iv) not

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

referring to “condition of contract for sale”, royalties need not be stipulated in sale contract—“Condition” used in Act to mean payment of royalties must be made as prerequisite or requirement for export of goods—Condition met if possibility of such control existing even though not resorted to to enforce payment of royalties—“Directly or indirectly” referring to payment made by purchaser, meant to cover instances of indirect payment, such as where buyer receiving price reduction on current importation as means of settling debt owed to him by seller, or where buyer settling in whole or in part debt owed by seller—Licensor X having no control over manufacturer so as to prevent importation of goods by respondent—Payments of royalties to licensor X not payments made as condition of sale of goods for export to Canada within s. 48(5)(a)(iv)—That part of appeal dismissed—(2) Whether reimbursements by respondent to parent company of royalty payments parent company obligated to pay to master licensors should have been included in transaction value of imported goods—Tribunal concluding reimbursements to parent company of royalty payments made by parent company to master licensors indirect royalty payments—Also concluding conditions of s. 48(5)(a)(iv), (v) not met as value of indirect royalty payments not accruing to Mattel, vendor of goods—Tribunal erred in interpretation, application of s. 48(5)(a)(v)—S. 48(5)(a)(v) requiring addition to price paid, payable of value of proceeds of resale of imported goods accruing to vendor, directly or indirectly—Payment of royalties accrue to vendor of goods because parent company, who as vendor of imported goods to respondent, by contract debtor of master licensors in respect of royalties—Parent company under legal obligation to pay royalties to master licensors—Indirect payment of royalties by respondent to master licensors, through reimbursements to parent company, accruing to parent company in that in end paid for, extinguished vendor’s debt owed to master licensors—Second ground of appeal well-founded; appeal should be allowed with respect to indirect payments of royalties made by respondent to master licensors—(3) Cross-appeal: which of three sales ought to have been used as basis for determination of transaction value of goods imported by respondent—Under s. 49(5), where it is not possible to appraise value for duty of goods sold for export according to principles established in s. 48, and where two or more transaction values of identical goods, value for duty of goods being appraised, provided certain conditions met, to be determined on basis of lowest transaction value—S. 50 providing for appraisal of value for duty of goods which cannot be appraised under ss. 48, 49—In such case, value for duty of goods transaction value of similar goods sold for export to Canada—Number of conditions must be met before rule can apply—Ss. 49(5), 50(2) not applicable herein as transactions involved sale, resale of same goods rather than multiple sales of similar goods—S. 48(4) providing transaction value determined by price paid, payable for goods sold for export to Canada—Under s. 45(1) “Price paid or payable” defined

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

as amount paid in respect of goods by purchaser to or for benefit of vendor—Respondent purchaser, parent company vendor—Therefore this sale determining price paid by purchaser to vendor—American judicial precedents relating to lowest transaction value rule run counter to Canadian legislative intention expressed in Act—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 44, 45 (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 17), 46, 47, 48 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 71; 1995, c. 41, s. 18), 50.

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE V. MATTEL CANADA INC. (A-291-97, Létourneau J.A., judgment dated 13/1/99, 23 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Judicial review of Canadian Human Rights Commission’s decision pursuant to Canadian Human Rights Act, s. 49 to request President of Panel to appoint Tribunal to inquire into ss. 7, 11 aspects of complaint—Public Service Alliance of Canada (PSAC) filing complaint with Commission alleging Minister of Personnel for applicant discriminating in classification, pay of employees in female-dominated groups, subgroups in relation to male-dominated groups, subgroups contrary to ss. 7, 10, 11—Commission’s staff providing applicant with Conciliation Report recommending Commission refer allegations made pursuant to ss. 7, 11 to tribunal for adjudication, continue investigation under s. 10—Application dismissed—(1) Open to Commission under Act to refer two allegations of discriminatory practices to tribunal while continuing investigation into third—If applicant’s position adopted, form would triumph over substance—Administrative convenience of including allegations regarding three separate discriminatory practices on one complaint form cannot dictate manner in which Commission chooses to deal with separate allegations subsequently—Open to Commission to deal with each alleged discriminatory practice in different fashion—Under Act Commission, like other administrative tribunals, master of own procedure—(2) Commission not breaching duty to act fairly by referring portion of complaint to Tribunal hearing while continuing to investigate other portions of complaint—Three distinct aspects to complaint requiring different considerations—Not case of same complaint being both investigated, referred to tribunal at same time—Role, authority of Commission *vis-à-vis* s. 10 aspect of complaint significantly different than role of Commission *vis-à-vis* ss. 7, 11 aspects of complaint pending before Tribunal—Merely dealing with different aspects of complaint in this fashion not on its own giving rise to violation of duty to act fairly any more than if respondent presented three separate complaints and only two referred to tribunal for adjudication—Applicant raising concerns Commission might exercise “substantial coercive powers” against applicant not available to Commission before tribunal, but as no evidence Commission engaged or

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

will engage in such coercive powers, this aspect of complaint premature—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 11.

NORTHWEST TERRITORIES V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (T-1305-97, Richard A.C.J., order dated 13/1/99, 10 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION**

Active business—Appeal from Tax Court decision allowing appeal from reassessment of taxpayer's liability for tax for 1984 and 1985 taxation years of predecessor of defendant corporation—Issue whether certain income of controlled foreign affiliate of defendant's predecessor in years in question income from active business or foreign accrual property income (FAPI) of defendant's predecessor within Income Tax Act (ITA), s. 95(1)(b)—Action dismissed—Income of foreign affiliate not FAPI under Act, and not assessable as income of defendant's predecessor—Foreign affiliate Canada Trust Company B.V. (B.V.) wholly owned "controlled foreign affiliate" of Canada Permanent, and B.V.'s registered office located in Amsterdam—In 1984, B.V. earned interest on US\$55.5 million promissory note, as well as payment under note, and bank interest on those funds received from note that were subsequently deposited on short term with B.V.'s bank—In 1985, received similar payment and income, and also received income from interest paid on mortgages (worth about \$18,000,000) purchased that year from Canadian approved lenders under National Housing Act—MNR reassessed defendant for 1984 taxation year on basis net income from bank interest earned by B.V. was FAPI, of controlled foreign affiliate of predecessor corporation, valued at \$389,543; for 1985 taxation year, assessment concerned similar income from bank interest and income earned by B.V. on mortgages held by it, income assessed at \$1,802,263—First issue whether, as argued by plaintiff, income in question may be considered FAPI in light of its source and manner in which it was earned even if other income of B.V., from other sources, considered to be derived from active business or whether, as argued by defendant, general nature of B.V.'s business establishing active business carried on, and all income earned in that business not FAPI of Canadian parent corporation under ITA, s. 95(1)(b)—Second issue temporal application of concept of active business—Thus plaintiff arguing whatever assessment of B.V.'s business in 1985, could hardly be said it carried on active business in 1984—In relevant provisions of Act, FAPI clearly not including income from active business—1995 amendment to ITA expressly excluded from "active business" of controlled foreign affiliate "investment business carried on by affiliate"—Under amendment, income here in question would now be FAPI—However, amendment

**INCOME TAX—Continued**

has no application herein—Nothing in ITA, s. 95(1)(b) as applicable in years in question, that would lead one to consider that Parliament intended "business" therein to be construed other than broadly, in accord with ITA, s. 248(1)—B.V.'s activities in 1984 and 1985 within its objects, in particular within scope of terms "to take up loans and to lend money and in general to enter into all forms of financial transactions"—Clearly business objectives—Acting within its objectives, B.V. was carrying on business—Examination of history of use of term "active business" in ITA and case law thereon—No quantitative measure of activity indicating active business carried on by company engaged in financial activities within scope of its objects—Minister's reassessments must relate to whole of income of B.V., not merely in 1984 and 1985 to income from bank deposits—Source of stream of revenue flowing into B.V.'s total income not determining factor in assessing whether income FAPI under ITA, s. 95(1)(b)—Assessment must relate to totality of B.V.'s income in light of evidence of nature of business as entity, as active business or otherwise—On evidence, B.V. carried on active business in 1984 and 1985—B.V. ultimately became established banking institution—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 95(1)(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 59; 1980-81-82-83, c. 140, s. 57; 1984, c. 45, s. 31), 248(1) "active business" (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 92).

CANADA V. CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. (T-589-92, MacKay J., judgment dated 2/2/99, 26 pp.)

Capital losses—Appeal from Trial Division decision ([1995] 1 F.C. 705) allowing appeal from reassessments of income under Income Tax Act, s. 40(2)(g)(ii)—Whether taxpayer can claim allowable capital loss under s. 40(2)(g)(ii) for losses incurred on interest-free loans issued to corporation for purpose of earning dividend income—In early 1970's, taxpayer starting oilfield consulting, maintenance, construction company, Byram Industrial Services Ltd. (BISL) in Alberta—Only shareholders, managers of BISL taxpayer, members of immediate family—In 1979, taxpayer incorporating company known as Elkhound Resources Ltd. (ERL) to explore, develop oil, gas in Alberta—In March 1981, incorporating Elkhound Resources Inc. (USCO) in Kansas—From April 1982 until trial, taxpayer, wife, son only shareholders of USCO—Taxpayer officer, director of USCO since incorporation—In June 1981, USCO acquired oil, gas rights in Kansas (Kansas Property)—Following purchase, USCO unable to borrow additional funds—Respondent making 9 interest-free loans to USCO from March 1981 to October 1982, totalling \$336,799.15 in order to finance operations of company, development of Kansas property—By 5 notices of reassessment, Minister denying taxpayer's loss as claimed, including offset, deductions claimed in respect of 1982 to 1986 taxation years—Taxpayer objecting to reassessments—Trial Judge allowing appeals—Taxpayer issuing interest-free loans to USCO for

**INCOME TAX—Continued**

purpose of earning income in form of dividends from company—Disputed loan device for financing operations of USCO—Expected return from loan through dividend income—Appellant relying on S.C.C. decision in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32—Case dealing with deductibility of interest under Act, s. 20(1)(c)—S. 20(1)(c)(i) allowing for deduction of interest where money borrowed, then used for purpose of earning income from business or property—S. 40(2)(g)(ii) providing capital loss from disposition of debt deemed to be nil, unless debt acquired for purpose of gaining, producing income from business, property—Unlike s. 20(1)(c), s. 40(2)(g)(ii) only requires single-stage inquiry, namely purpose of acquiring debt—Inappropriate to apply to latter provision direct/indirect use limitation imposed in *Bronfman*—Language of s. 40 clear—Issue not use of debt but purpose for which acquired—No need for income to flow directly to taxpayer from loan—Approach consistent with commercial reality—Commercial reality to be considered by Courts in interpreting tax provisions like s. 40(2)(g)(ii) so long as consistent with text, purpose of provision—Anticipation of dividend income cannot be too remote—Deduction cannot be so far removed from corresponding income stream as to render connection to anticipated income tenuous at best—Where loan made for purpose of earning income through payment of dividends, connection sufficient to satisfy purpose requirement of s. 40(2)(g)(ii)—Taxpayer directly linked to income generating stream when shareholder in USCO—Entitled to capital loss deduction in respect of \$115,417.55 in loans made during that period—Connection between loans, potential dividend income sufficient to invoke exclusionary clause in s. 40(2)(g)(ii)—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(c), 40(2)(g)(ii).

BYRAM V. CANADA (A-684-94, McDonald J.A., judgment dated 25/1/99, 12 pp.)

*Deductions*

Capital losses—Appeal from T.C.C. decision ((1996), 97 DTC 405) taxpayer not disposing of property in circumstances giving rise to capital loss—Whether taxpayer can claim allowable capital loss under Income Tax Act, s. 40(2)(g)(ii) for losses incurred on guarantees made in respect of loans to subsidiary corporation for purpose of earning dividend income from subsidiary—Taxpayer large Canadian public company whose principal business purchase, development, leasing, management of commercial, retail, industrial, residential real property, sale of residential real property—Business carried on by taxpayer both directly, through subsidiaries—Appeal concerned with taxpayer's dealings with five of fifth tier subsidiaries in U.S.A., called CF subsidiaries—Taxpayer deducting \$7,926,000 as allowable capital loss in 1984 taxation year, representing 50% of \$15,852,000 in payments made in order to extricate interest in failed real estate ventures of CF subsidiaries—MNR

**INCOME TAX—Concluded**

disallowing deduction on basis guarantees not issued for purpose of gaining, producing income from business, property, loss suffered deemed to be nil under Act, s. 40(2)(g)(ii)—Tax Court Judge ruling taxpayer not disposing of property, not deemed to have disposed of property in circumstances giving rise to capital loss with respect to CF Prospect, CF Parkside, CF Jocelyn and CF Cleveland—Capital loss may only be claimed where actual, deemed disposition of property—Mere fact capital payment made not sufficient to give rise to capital loss—Where debtor cannot repay subrogated debt to guarantor, debt may be regarded as “bad”—Circumstances of case not sufficient to establish taxpayer acquired subrogated debt, disposed of it under Act, s. 50 or otherwise—Taxpayer guaranteed loans made to CF subsidiaries—Payments made to satisfy obligation under terms of guarantees—Advance of money in exchange for valuable consideration, namely enabling subsidiary to extricate itself from unsatisfactory partnership, not capital loss for income tax purposes—Taxpayer's rights of subrogation precluded by either structure of transaction itself, or express waiver of rights by taxpayer for valuable consideration—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 40(2)(g)(ii), 50(1)(a) (as am. by S.C. 1995, c. 21, s. 15).

CADILLAC FAIRVIEW CORP. LTD. V. CANADA (A-282-96, McDonald J.A., judgment dated 25/1/99, 18 pp.)

**JUDGES AND COURTS**

Motion for Trial Judge's recusal, in judicial review application challenging Crown's jurisdiction to sign Multilateral Agreement on Investment (MAI) on behalf of Canada, for apprehension of bias on basis of past political connection and affiliation in federal Cabinet with named party and potential witness Jean Chrétien—Motion dismissed—Friendship with Mr. Chrétien as between Cabinet colleagues more than 25 years ago—In *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 3 F.C. 3 (T.D.) (confirmed on appeal [1998] F.C.J. No. 688 (C.A.) (QL)), Trial Judge there stated that submission that knowing certain individuals involved in governing of Canada or having been member or fund raiser for legal federal party gives rise to reasonable apprehension of bias outrageous and totally irrelevant to issue of reasonable apprehension of bias—*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 standing for proposition prior business association with witness in business organization when neither tribunal member, nor witness, nor organization, had any interest whatsoever in matter to be decided cannot be accepted as basis for reasonable apprehension of bias on application of objective test—In case herein, prior association in Cabinet with Mr. Chrétien from 1968 to 1974 had no relation whatsoever with MAI negotiations commenced

**JUDGES AND COURTS—Concluded**

in 1995—Once judges take oath of office, they divorce themselves from past and dedicate themselves to new vocation—Duty to render justice without fear or favours.

FOGAL V. CANADA (T-790-98, Dubé J., order dated 21/1/99, 6 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to set aside decision of Adjudicator upholding decision of respondent CP Railway to dismiss applicant—Applicant employed by Canadian Pacific Railway from 1969 to January 19, 1995—In December 1994, applicant going into office of Superintendent Michel Bertrand, entering password in computer—Denied having tampered with Mr. Bertrand's computer—Suspended for investigation purposes—In January 1995, applicant received letter of dismissal for security violation involving unauthorized, illegal use of CP Railway Merlin system—Filed complaint of unjust dismissal—Adjudicator appointed to hear complaint—Complaint dismissed in decision written in French dated July 24, 1997—Applicant later received English translation—Adjudicator concluded applicant committed offence, dismissal justified—Applicant faced criminal charges in relation to events—Not upon Adjudicator to require criminal transcripts be introduced at hearing—Admissibility of criminal transcripts doubtful at best—Issues before Judge in criminal proceeding not similar to those before Adjudicator—That Adjudicator wrote judgment in French neither bias nor violation of principles of natural justice—Allowed by statute, case law—Applicant received English translation of judgment—Adjudicator not exceeding jurisdiction—On subject of prior offences, Adjudicator correctly stated applicant given three months' suspension for attitude problem—Court should allow administrative tribunals to perform task conferred upon them by enabling legislation and exercise self-restraint when asked to review decisions—Particularly so when enabling legislation contains strong privative clause, such as one found in Canada Labour Code, s. 243—Neither procedural flaw nor fault with Adjudicator's treatment of evidence, conclusion—Finding entirely within jurisdiction, supported by evidence before him—No basis warranting Court's intervention—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 243.

FREZZA V. LAUZON (T-2291-97, Rouleau J., order dated 27/1/99, 14 pp.)

Judicial review of CLRB reconsideration decision—In 1996 Trentway-Wagar Inc. acquired certain lines, buses of Voyageur Colonial Limited in Ontario—42 employees transferred from Voyageur to Trentway—Prior to acquisition, Voyageur employees represented for purposes of collective bargaining by CAW-Canada; Trentway employees represented by Amalgamated Transit Union, Local Union

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

1624—While CAW-Canada's application for declaration sale of business had taken place, CAW-Canada's collective agreement binding on Trentway pending, unions, Trentway entering into settlement of matters respecting which collective agreement would apply, which union would be bargaining agent, merging of seniority of employees—Settlement incorporated in Board's consent order dated September 18, 1997—CLRB treating respondent's written complaint as application to reconsider that decision—Exceeded jurisdiction in referring complaint to original panel for reconsideration—Provisions of collective agreement dealing with seniority may be taken account of by CLRB pursuant to Canada Labour Code only after presented with application by party to collective agreement under s. 45(3)—That subsection not invoked herein by party to collective agreement—As stated in *Grain Workers' Union, Local 333 v. British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn.* (1989), 101 N.R. 105 (F.C.A.), CLRB cannot amend decision made under another section of Code so as to transform it into decision that could not have been made under that other section—Code not preventing CLRB from investigating respondent's complaint under s. 37 (duty of fair representation), fashioning appropriate remedy if provisions thereof violated—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C., c. L-2, ss. 37, 45.

AMALGAMATED TRANSIT UNION, LOCAL UNION 1624 V. BUGAY (A-910-97, Stone J.A., judgment dated 11/1/99, 6 pp.)

**PATENTS**

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance (NOC) to Genpharm Inc. for medicine naproxen until after expiry of Canadian patents 1,131,660 ('660) and 1,135,717 ('717)—Respondent Genpharm sending applicant Hoffmann-La Roche Ltd. (Roche) letter dated March 20, 1998 containing Notice of Allegation (NOA) regarding naproxen tablets as required by Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5—Regulations amended March 12, 1998 to require service of NOA occur no earlier than at time new drug submission (NDS) filed—Genpharm sending NDS to Minister on same day, March 20, 1998—Contemporaneous sending by registered mail of NOA to Roche and of NDS to Minister meeting requirements of Regulations, s. 5(3)(c)(i)—Substance of Genpharm's allegation patents on which Roche relies not ones claiming medicine itself or use thereof and, therefore, sale of Genpharm's naproxen will not infringe any such claim—No vagueness, ambiguity—Genpharm's allegation sufficiently delineated issue, provided basis from which Roche could seek to disprove allegations contained in it—Genpharm not establishing proof of service on Roche provided to Minister—However, applicant cannot use failure to provide Minister with proof of service as grounds for



**PATENTS—Continued**

seeking order Minister lacks jurisdiction to issue relevant NOC—Provision requiring proof of service to be filed on Minister for Minister's benefit, not applicant's—Roche patents relating to naproxen subject of other NOC proceedings in Court—Parties agreeing decisions in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.) (the *Apotex* case) and in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 79 C.P.R. (3d) 486 (F.C.T.D.) (the *Novopharm* case) cannot be treated as rendering issue herein *res judicata*—Nor can they constitute issue estoppel—Applicant same in all three cases but not respondent—Evidence filed herein not filed in either of earlier cases—Applicant not adducing sufficient evidence to establish claim 27 of '660 patent, claim 27 of '717 patent claims for medicines—Roche's evidence not sufficient to establish mixtures described in respective claims 27 medicines—No claim in '660 patent mixture therapeutically active—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-970-98, Reed J., order dated 26/1/99, 12 pp.)

Appeals from dismissal of application for prohibition—Appellants contending Jerome A.C.J. erred by refusing to declare continuation of stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7—S. 7(1)(e) providing Minister shall not issue notice of compliance to second person before expiration of 30 months after receipt of proof of making of any application referred to in s. 6(1)—S. 7(4) providing s. 7(1)(e) ceases to apply in respect of s. 6(1) application if application finally dismissed by court—Although not mentioned in notices of motion, appellants seeking declaration stay provided by s. 7 should continue until all possible appeals exhausted because, until that happened, applications for prohibition could not be considered to be “finally dismissed”—Whether Motions Judge should have declared stay established by Regulations should continue “until all appeals from this Court's judgment have been exhausted”—Appeals dismissed—Would have been improper to seek such relief in those originating notices of motion because no such relief contemplated in Regulations—Regulations providing procedure for seeking prohibition to block issue of notices of compliance, and appellants specifically invoked those Regulations in originating notices—Regulations, not Court, creating automatic stay, providing conditions for termination—Special power of Court under s. 7(5) to shorten, extend stay where party failing to reasonably cooperate not invoked here—Court having no direct authority to extend stay—Not having authority while acting under Regulations to issue declaration as to proper interpretation of “finally dismissed” in s. 7(4)—Proper remedy would be one sought under s. 18.1 of

**PATENTS—Continued**

Federal Court Act—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7 (as am. by SOR/98-166, s. 6)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-92-98, A-93-98, Strayer J.A., judgment dated 13/1/99, 8 pp.)

Appeals from Hugessen J.'s dismissal of applications for prohibition, *certiorari* to prevent or quash issue of notices of compliance (NOCs) with respect to formulations of naproxen, on principle of *res judicata*: i.e. request for determination stay provided by Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7 until all appeals disposed of refused by Associate Chief Justice in proceeding involving same parties—By s. 7(4) stay against Minister preventing issue of NOC, automatically provided by s. 7(1) when application for prohibition launched, may cease to apply if application finally dismissed by court—Appellants contending on basis of “finally dismissed” Hugessen J. should have prohibited Minister from issuing NOCs until all appeals from decision exhausted—Hugessen J. of view Associate Chief Justice already in effect refusing such remedy—As issue not properly before Associate Chief Justice, decision not *res judicata*—In interpreting “finally dismissed” in s. 7(4), regard had to whole phrase—“Court” referred to therein defined as Federal Court of Canada or other superior court of competent jurisdiction—As long as proceeding brought in Federal Court, Trial Division, “dismissed by the court” means “dismissed by the Federal Court Trial Division”—Most consistent with definition of “court” which includes provincial superior courts of competent jurisdiction, presumably referring only to those which have original jurisdiction in prohibition—Even if reference to “court” including both divisions of Federal Court, matter commenced in Trial Division “finally dismissed” when appeal disposed of in Appeal Division or time for appealing expired—This conclusion generally consistent with summary nature of proceedings under Regulations, and fact issue of NOC in no way finally determining rights of patentee—*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Leblanc et al. v. Curbera*, [1983] 2 S.C.R. 28 (cases cited on meaning of “final”) distinguishable—Now no basis for granting prohibition, treating NOC as invalid because in conflict with s. 7(1) stays, which terminated—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7.

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-286-98, A-287-98, Strayer J.A., judgment dated 13/1/99, 5 pp.)

**INFRINGEMENT**

Appeals from Trial Division judgment and consent judgment in patent infringement actions finding claims of

**PATENTS—Continued**

'734 patent (combined oscillating and unidirectional agitator for automatic washer) valid and infringed by appellants and claims of '803 patent valid but not infringed—Issues in both appeals with respect to validity of '734 patent same—Both sets of appellants attack judgment of Cullen J. in first appeal on basis erred in rejecting contentions patent amounted to double patenting of same invention as patented by respondents in '401 or '803 patents or but obvious modification of that invention—Appellants contend part of '734 patent obvious improvement and first eleven claims of '734 patent broader than invention and therefore covetous—Appellants in first appeal contend Trial Judge erred in finding claims 6, 8 and 14 infringed—Finally, appellants submit Trial Judge erred in allowing respondents their costs of '803 patent proceedings in view of finding patent valid but not infringed—Appeals dismissed—Trial Judge correct in stating onus to prove validity of patent shifts to patentee once attacking party shows some evidence of invalidity, on balance of probabilities—Double patenting has not occurred herein—Essence of invention in '734 patent unique wash system produced by combination of flex vanes with dual action agitation, whereas dual action agitator with flex vanes not contemplated by '401 or '803 patents—Therefore, three patents distinct—Trial Judge did not err in finding invention disclosed in '734 patent not same as disclosed in either '401 or '803 patents—Trial Judge did not err in refusing to view invention disclosed in '734 patent as obvious variation or modification of one or other of inventions in two earlier dual action patents—Nor in finding dual action agitation and unitary action agitation such different creatures that notional skilled technician would not have readily interchanged that art taught by one for that of other; only hindsight analysis would lead one to believe otherwise—Appellants in both appeals have failed to demonstrate that Trial Judge erred in assessment of evidence or conclusion that use of flexible vanes on dual action agitators not obvious improvement to existing art or that substituting such vanes for fixed vanes obvious—As to covetousness, no basis in law for interfering with Trial Judge's view invention not mere improvement—Nor did Trial Judge err in concluding claims 6, 8 and 14 infringed—No reason to interfere with award of costs by Trial Judge.

WHIRLPOOL CORP. v. CAMCO INC. (A-630-97, Stone J.A., judgment dated 22/1/99, 19 pp.)

**PRACTICE**

Application by plaintiff to remove law firm of Lang Michener as solicitors of record for defendants—Plaintiff seeking to set aside under R. 1733 judgment of Cullen J. plaintiff Imperial Oil infringed defendants' patent—Thrust of plaintiff's case Dr. Fred Billmeyer Jr. expert witness retained by defendants, deliberately misled Cullen J. in knowingly giving false evidence during trial—Counsel for

**PATENTS—Concluded**

plaintiff submitting Lang Michener should be removed in view of likelihood lawyers of that firm will testify at trial—No indication defendants, plaintiff intend to call lawyers from Lang, Michener to prove case—Motion to disqualify lawyers should be approached in flexible way—Each case to be considered on own merits—Premature to remove Lang Michener as solicitors for defendants—Ongoing participation of certain lawyers of Lang Michener neither discrediting, nor tending to discredit, administration of justice—Protection of public's confidence in administration of justice not, at present time, requiring removal of Lang, Michener—If and when lawyer of Lang Michener called upon to testify, matter to be dealt with so as to safeguard integrity of administration of justice—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.

IMPERIAL OIL LTD. v. LUBRIZOL CORP. (T-577-87, Nadon J., order dated 20/1/99, 14 pp.)

Appeal from interlocutory order whereby Pinard J. declined to strike references to Canadian Patent No. 1,161,380 (patent '380) from originating notice of motion for prohibition filed by respondents (Merck) under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Merck seeking to prohibit Minister of Health (Minister) from issuing Notice of Compliance to Apotex in respect of medicine simvastatin until expiry of patent '380, patent '322—Merck owner of Canadian Patent No. 1,199,322 (patent '322)—Apotex seeking order under Regulations, s. 6(5) dismissing Merck's application for prohibition only in respect of patent '380—Motion Judge correct in holding s. 6(5) not permitting Court to dismiss only part of application for prohibition—"Application" under s. 6(1) for order prohibiting Minister from issuing Notice of Compliance to second person in respect of drug—Subject-matter of application whether any of patents on patent list would be infringed by making, construction, using, selling by that person of drug for which Notice of Compliance sought—Single application may therefore involve several patents, as made clear by language of s. 6(5) which contemplates dismissal of "application" where "patents in issue" ineligible for inclusion on register—Consistent with policy objective proceedings under Regulations be dealt with in summary manner, s. 6(5) now provides application may be dismissed at early stage—New remedy can only facilitate timely disposition of proceedings under Regulations if it leads to dismissal of application in entirety—S. 6(5) contemplating dismissal only where all patents in issue ineligible—No basis for Apotex's invocation of Court's implied jurisdiction to control process, order that patent '380 be struck from original notice of motion—Appeal dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6 (as am by SOR/98-166, s. 5).

MERCK FROSST CANADA INC. v. APOTEX INC. (A-215-98, Noël J.A., judgment dated 4/2/99, 6 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of decision of Veterans Review and Appeal Board upholding decision of Entitlement Review Board denying applicant pension coverage on basis that three medical conditions did not meet statutory test—Applicant member of RCMP from August 30, 1970 to April 10, 1996, working primarily in Drug Enforcement Unit in Calgary—Serious misunderstanding arising with respect to applicant's status while on temporary assignment with Olympic Integrated Intelligence Unit—Applicant becoming emotionally distraught, depressed—Diagnosed with chronic auto-immune inflammatory muscle disease called dermatomyositis—Board denying pension coverage for each of three ailments for essentially same reason—Application for reconsideration denied—Veterans Review and Appeal Board Act, s. 31 containing privative clause—In light of uncontradicted medical evidence, testimony, and of Act, s. 39 stating doubt to be resolved in applicant's favour, Board's decision based on patently unreasonable error of law—Patent unreasonableness of Board's decision arising from unduly narrow interpretation of Pension Act, s. 21(2)(a)—Test stating two simple criteria for finding disability pensionable: it must (1) arise out of service, (2) be directly connected with service—Ample evidence to support finding applicant's primary condition of dermatomyositis arose from service, directly connected with service—Application allowed—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 31, 39—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 21(2)(a).

DOE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-59-98, Campbell J., order dated 5/2/99, 11 pp.)

**PRACTICE**

Motion to adjourn—Trial of matter scheduled for three weeks in London, Ontario beginning January 18, 1999—Court advised lead counsel for plaintiffs called to trial in Ontario Court (General Division) in London commencing January 4, 1999—Court advising counsel trial of matter would proceed as scheduled—At opening of trial on January 18, plaintiffs' co-counsel presented motion to adjourn trial or stand matter down—Motion rejected—On morning of third day of trial, counsel for plaintiffs presented oral motion requesting Court to withdraw order of January 18 or vary it—Motion rejected—Court having no authority to entertain motion in nature of appeal from own decision—Matter not within contemplation of r. 399(2)(a)—Decision in *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.) applied—Right of plaintiff to counsel of her choice not overriding public interest in expeditious, effective administration of justice in accordance with tradition of Court of commencing trials on days fixed by Court order substantially in advance of date identified—Actual prejudice to plaintiffs should be necessary to justify denial of adjournment—Delay of ten weeks contemplated in *TIT2 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)*,

**PRACTICE—Continued**

[1995] O.J. No. 3049 (Gen. Div.) (QL)—If present case not completed within three weeks, given schedules of counsel, Court, resultant delay could be substantially in excess of ten weeks—Matter commenced in 1993—Not in interests of justice risk of further substantial delay be assumed—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2)(a).

MARTIN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2643-93, Gibson J., order dated 29/1/99, 9 pp.)

Confidentiality order—Application for order of confidentiality in respect of "all material filed" by respondent in relation to appeal—Federal Court Rules, 1998, r. 151(1) providing for Court order material to be filed shall be treated as confidential—R. 151(2) requiring Court to be satisfied material should be treated as confidential, notwithstanding public interest in open, accessible court proceedings—Application for Canadian citizenship form bearing words "protected when completed"—Minister appealing grant of citizenship to respondent—Citizenship court filing certified copy of record before it—Seven months later respondent applying for confidentiality order—Respondent submitting entitled to rely on notations regarding protection of information on Canadian citizenship application—Application dismissed—Heavy onus on applicant under r. 151 to satisfy Court material should be treated as confidential: *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.)—Any undertaking of confidentiality given by Minister not binding on Court—Respondent providing no special reasons to justify protection of personal information—Delay between filing certified record, application herein casting doubt on depth of respondent's concern regarding confidentiality—Certified record not filed by respondent—Motion not for confidentiality in respect of material to be filed, but in respect of material filed months ago—Court recommending Minister consider adding to citizenship application forms words identifying reality that protection afforded to such forms, related materials not extending to circumstances where forms, related materials in Ministry required by law to be provided for use in Court proceedings—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. FAZALBOY (T-2589-97, Gibson J., order dated 13/1/99, 6 pp.)

Application—Material in possession of Tribunal—Canadian Human Rights Commission objecting pursuant to r. 318(2) to provision to Court of certain materials pursuant to request made under r. 317—R. 317 permitting party to request provision of material relevant to application in possession of tribunal whose order subject of application, and not in possession of requesting party—Applicant

**PRACTICE—Continued**

seeking judicial review of Commission's dismissal of complaint alleging discrimination in employment on basis of age, race—Materials requested much more extensive than those actually filed—Issue whether materials requested relevant—*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), dealing with appeal from order of Federal Court Trial Division directing Commission to file certified copies of certain documents, essentially rejecting objection similar to that herein—*Pathak* binding—If application for judicial review alleging bias on part of investigators who conducted investigation, leading to presentation to Commission of allegedly biased report, that ground might have provided basis to go behind report of investigators, but no such allegation made—Allegation same as that before Federal Court of Appeal in *Pathak*—In fact, allegation investigation incomplete in nature of allegation of denial of natural, fundamental justice before Court in *Pathak*—Commission's objection sustained—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 317, 318.

LINDO V. ROYAL BANK OF CANADA (T-931-98, Gibson J., order dated 25/1/99, 15 pp.)

**AFFIDAVITS**

Sierra Club applying to require reattendance of John Mundy for further cross-examination on affidavit; Atomic Energy of Canada Limited (AECL) applying to strike out various affidavits allegedly containing irrelevant material, opinion, argument, legal conclusions and hearsay—Sierra Club's application alleging breach of duties when ministers of federal government failed to ensure *Canadian Environmental Assessment Act* environmental assessment done in respect of construction in China of two CANDU reactors—At Sierra Club's initial examination of Mundy, solicitors instructing him not to answer questions on certain documents on basis of relevancy—(1) In applying concepts that deponent must answer questions relating to all of issues, both those within four corners of affidavit, and those relevant to determination of issue in respect of which affidavit filed, but stopping short of examination for discovery, must keep in mind fundamental principle, as to condition for receipt of evidence, that evidence, if relevant, ought to be admitted unless some applicable exclusionary rule—Discretion to reject evidence must be exercised cautiously, for often proper determination can only be arrived at once all relevant law, fact thoroughly canvassed, task best left to trial judge—Must balance undue delay by reason of multiplicity of documents and lengthy cross-examination on affidavits and documents against desirability judge, hearing eventual application on merits ought to have all of relevant, material information to make proper decision—R. 91(2) requiring deponent of affidavit, upon cross-examination, to produce all documents relevant to application, motion—Concept reiterated in r. 94(1), subject to such

**PRACTICE—Continued**

relief from production as Court, on motion, might grant—No exclusionary rule preventing putting apparently relevant document to witness in order to see if witness knows of document or recognizes it, and if answer affirmative, cross-examination ought to follow and in that way material might, subject to final discretion of trial judge, become evidence in case—Documents found in exhibits "B" through "G" should be put to Mundy, who would be able to authenticate them by reason of his either writing them or receiving them—May form basis for cross-examination of Mundy—Documents relevant to determination of issues; cross-examination thereon will not unduly delay proceeding; may be required so that may have all of information needed to reach proper decision—Witness ordered to reattend for cross-examination on exhibits "B" through "G"—(2) Discretion to strike out affidavits ought to be exercised sparingly—To maintain efficiency of judicial review proceedings, parties ought not to be permitted to strike out each other's affidavits—Exceptions: if affidavit abusive or clearly irrelevant, or if party obtaining leave to admit evidence proving to be inadmissible, or if Court convinced admissibility should be considered at early date so that eventual hearing may proceed in orderly manner, affidavit may be struck out—As to striking out part of an affidavit, appropriate if possible to separate admissible from non-admissible portions of affidavit—Substantial portions of affidavits hearsay—Federal Court Rules, 1998, r. 81(1) now requiring affidavits be confined to facts within knowledge of deponent, except on motions—Former R. 332(1) confined affidavits to such facts as witness able of own knowledge to prove—No substantial difference between wording of past, present rules—Shades of meaning between proving fact through one's own knowledge, confining testimony to facts within one's own personal knowledge—Hearsay evidence admissible on principled basis, governing principles being reliability of evidence and its necessity—Unreasonable to say shading of meaning, largely illusory in difference, sufficient to bar admission of hearsay evidence—Some paragraphs of Elizabeth May's affidavits struck out as unacceptable opinion, legal conclusion, conjecture, speculation—Motions to strike other affidavits denied—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 81(1), 91(2), 94(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

SIERRA CLUB OF CANADA V. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T-85-97, Hargrave P., order dated 11/12/98, 22 pp.)

Application for permission to serve, file additional affidavit containing documents obtained through Access to Information application—Additional affidavit material in response to affidavit filed by respondent of Elizabeth Klak, deposing she alone had decided matter on October 7, 1998 as set out in document entitled "H & C Review"—In June 1, 1998 document called "Subsection 27(2) Highlights" obtained through Access to Information Act application, Ms.

**PRACTICE—Continued**

Klak writing, "It is recommended that subject's in-Canada application for permanent residence be denied, and that he be asked to leave Canada"—Manager to whom document addressed endorsing concurrence on that document on June 2, 1998—Appears decision made at that point—Ignoring whether Ms. Klak mislead applicant, appears witness hoisted on petard of own making, namely mindless use of impersonal passive phrase "It is recommended" in June 1, 1998 document, which according to Sir Ernest Gowers, Editor, Second Edition of *Fowler's Modern English Usage*, Oxford University Press 1968, "often amounts to a pusillanimous shrinking from responsibility", and by concurrence of manager endorsed below recommendation—Documents also point to material requested, received by Ms. Klak from Hong Kong, but not included in documents obtained by applicant, including opting out declaration signed by applicant's mother—Material may be relevant, given confusion as to who made decision—Applicant thought he was appealing June 2, 1998 decision—Supplemental material not usually allowed in judicial review, yet no specific bar to introducing such material—Federal Court Rules, 1998, r. 55 permitting Court to dispense with compliance with any of Rules in special circumstances—Disclosure of existence of secret decision made in October 1997, well in advance of decision communicated to applicant, constituting special circumstance—To do justice, prevent prejudice to applicant, material ought to be allowed in—No prejudice to respondent, provided given adequate opportunity to reply—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 55.

CHOW V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3600-98, Hargrave P., order dated 27/11/98, 5 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Motion seeking re-attendance of defendant's representative on discovery, James C. Powell, to answer further questions—At issue claim to privilege by defendant with respect to five documents, now four, listed in defendant's affidavit of documents—Action by plaintiffs against Crown seeking recovery of monies said to have been recovered by Crown from one Wright—Latter formerly plaintiffs' employee—Charged with, plead guilty on first appearance to tax evasion—Mr. Powell, defendant's representative on discovery, investigating Wright's taxation affairs—Documents at issue listed in paragraphs (a) to (e) inclusive—Claim to privilege in entirety withdrawn with respect to item (e)—Items (b), (c) and (d) communications between client department, solicitor in Department of Justice with respect to pending litigation—Protected by solicitor and client privilege, need not be produced—Document listed as (a) report of investigation by investigator with Department of National Revenue—Internal document not prepared for

**PRACTICE—Continued**

purposes of obtaining, seeking legal advice or in contemplation of litigation—Document not protected by solicitor and client privilege—Not qualified for investigation privilege—Other possible basis of withholding document Income Tax Act, s. 241, statutory prohibition against disclosure of confidential taxpayer information—Document not containing so much information about Mr. Wright's and companies' personal taxation matters that it cannot be revealed subject to suitable editing—Order allowing document to be revealed, subject to counsel for defendant editing it by blacking out portions of it which, in her view, would constitute breach of s. 241—Order requiring Mr. Powell to re-attend, answer all proper questions bearing on document listed as item (a) in Crown's answers to undertakings dated August 27, 1998—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 241.

NOVACOR CHEMICALS (CANADA) LTD. V. CANADA (T-770-94, Hugessen J., order dated 28/1/99, 6 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Enforcement*

September 18, 1998 order specifying "any motion to strike, to dismiss, for default judgment, for particulars, for leave to file a defence or for leave to amend should be brought within one month"—Nothing done within one month of order—In response to order requiring plaintiffs to show cause why action should not be dismissed for failure to take any step within time fixed by order, counsel submitting not necessary as statement of defence served, but not filed, defendants not insisting on strict adherence to time limits—If counsel thinking not "necessary" to move for leave to amend, or that "strict adherence" to time limits not required, should have sought to vary order or to extend time—Did neither—Court order fixing time cannot be varied by consent—Order clearly requiring counsel to move with great diligence in matter—Clear purpose of order to have steps taken to bring case into current status within one month—As nothing done within month action dismissed.

PERVEZ (LITIGATION GUARDIAN) V. CANADA (T-1803-91, Hugessen J., order dated 15/1/99, 3 pp.)

**PARTIES**

Severance—Motions for orders to strike one Wayne Roan as plaintiff and to sever trials herein—Motions allowed—Fact uncontradicted evidence Band on behalf of whom Roan seeking to assert rights has specifically resiled from participation in action, and that rights asserted communal in nature and not susceptible of individual exercise and, indeed, not asserted as such in statement of claim, lead to conclusion that Roan not proper party to be plaintiff and that to allow him to continue as such would be abuse of process of

**PRACTICE—Concluded**

Court—As to severance, now clear that claims for Aboriginal and treaty rights both Band specific and fact specific—Aboriginal rights not general and universal; their scope and content must be determined on case-by-case basis: *R. v. Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507—Even though Federal Court Rules, 1998 very liberal in treatment of joinder of parties and causes of action, right to join subject to overriding discretionary power of Court to sever where hearing of two or more claims or parties in single proceeding would cause undue complication or delay or would prejudice party (r. 106)—Joinder herein would cause undue complication and delay, and claims of two remaining Bands ordered to be separately asserted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 106.

SAWRIDGE BAND V. CANADA (T-66-86, Hugessen J., order dated 20/1/99, 6 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion by Bayer to strike portions of Apotex's memorandum of fact and law—In memorandum of fact and law, Apotex making reference to German, Spanish patents—Whether portions of Apotex's memorandum of fact and law should be struck as irrelevant—Parties generally should be discouraged from bringing interlocutory motions to strike portions of memorandums of fact and law on basis of irrelevancy—To extent memorandum ambiguous, contains irrelevant material, counsel runs risk of confusing issues, arguments, as well as frustrating hearing judge who must sort out relevant from irrelevant, clarify counsel's arguments—Costly, time consuming interlocutory motions to be discouraged—Hearing judge should deal with arguments as presented—Should party inappropriately include irrelevant information in memorandum, hearing judge may penalize such conduct in award of costs—Motion dismissed.

BAYER AG V. APOTEX INC. (T-35-96, Rothstein J., order dated 4/9/98, 3 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

Classification grievance—Appeal from classification grievances presented by appellants in 1994 under Treasury Board Manual, Treasury Board's classification grievance procedure—Appellants all employed as Intelligence Analysts with Department of Employment and Immigration in B.C./Yukon Region—Position classified as PM-03—Main argument colleagues in Ontario Region employed in same position classified as PM-04—Classification Grievance Committee recommending position of grievors remain classified at PM-03 level—Application for judicial review allowed by McKeown J. (*Chong et al. v. Canada* (1995),

**PUBLIC SERVICE—Continued**

104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.)—Ontario classification office conducting audit of Ontario Region position—Downgrading Ontario Region position from PM-04 level to PM-03—Appellants applying again for judicial review on basis of breach of principles of procedural fairness—Application dismissed—Nothing turning on whether process defined as adversarial or non-adversarial—Instant case dispute between parties which grievance process seeks to resolve—Duty of fairness clearly applying to process—Content of duty of fairness more or less comprehensive depending upon nature of interests affected by decision, nature of process involved—Level of fairness herein in lower zone of spectrum rather than in upper zone, as expressed by Reed J. in *Hale v. Canada (Treasury Board)*, [1996] 3 F.C. 3 (T.D.)—Grievors not involved, and properly so, in classification review of Ontario region position—To extent that downgrading of Ontario Region position triggered by appellants' grievance procedures, resulted in dismissal of grievances, they should have been informed basis of comparison to be established dramatically altered, should have been offered opportunity to pursue other arguments available to them—No fair play when fundamental assumption unilaterally made to disappear without giving party adversely affected opportunity to advance alternative grounds—Trial Judge erred in law in failing to appreciate what was in issue breach of one of essential requirements of duty of fairness—Appeal allowed.

CHONG V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-453-97, Décaré J.A., judgment dated 9/2/99, 6 pp.)

**JURISDICTION**

Application for judicial review of Adjudicator's decision with respect to adjudication under Public Service Staff Relations Act (PSSRA), s. 92—Adjudicator dismissing grievances for lack of jurisdiction, invoking PSSRA, s. 91(1) excluding adjudicator's jurisdiction where other "administrative procedure for redress"—Applicants nurses employed in Clearwater Unit of Correctional Service Canada, members of Professional Institute of Public Service of Canada (PIPSC)—Each filed identical grievances, alleging sexual harassment over two-and-one-half year period—Employer having obligation to keep workplace free of sexual harassment under Article 43.01 of collective agreement—Adjudicator's decision based on F.C.T.D.'s decision in *Chopra v. Canada (Treasury Board)*, [1995] 3 F.C. 445 (T.D.)—In *Mohammed v. Canada (Treasury Board)* (1998), 148 F.T.R. 260, Cullen J. also considering decision in *Chopra* as well as decision of *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.)—Whether jurisdiction may exist in case dealing with application, interpretation of specific clause in Agreement versus stand-alone discrimination—In *Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [1999] 1 F.C. 459 (T.D.), McGillis agreed with approach taken by Cullen J. in

**PUBLIC SERVICE—Continued**

*Mohammed*—Whether adjudicator Burke erred in law in concluding CHRA provides “administrative procedure for redress” within meaning of PSSRA, s. 91(1)—Also whether substance of grievances exclusively within jurisdiction of Canadian Human Rights Commission under CHRA as CHRA, s. 14 recognizing sexual harassment prohibited ground of discrimination, Tribunal afforded broad remedial powers under CHRA, s. 53(2)—Three important F.C.T.D. decisions agreeing CHRA provides “administrative procedure for redress” within meaning of PSSRA—All three cases having considered two Acts of Parliament together as forming system and as interpreting and affecting each other—Subject matter of grievance herein sexual harassment as contained in Article 43—In *Boutilier*, entire substance of grievance dealt with discrimination based on denial of employment benefit directly related to Boutilier’s sexual orientation—No principle, approach, precept causing Court to find differently from previous judges of Court—Where possible, like cases should be treated alike—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 14, 53(2)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91(1), 92.

O’HAGAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-2510-95, Wetston J., order dated 11/1/99, 14 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of Appeal Board decision selection board had properly screened applicants out of closed competition for auditor position in Revenue Canada on basis failed to meet educational requirements of positions—Applicants had successfully taken university accounting course but unable to obtain transcripts of marks prior to completion of screening process as university required about eight weeks to prepare transcript—Application allowed—Applicants actually met all educational requirements for positions prior to closing date of competitions, except for provision of transcript in relation to one course of study—Given applicants’ reasonable explanation for inability to provide transcript, Selection Board should have conducted assessment of educational qualifications on basis of other reliable documentation—Rigid adherence of Selection Board to formality resulted in exclusion of two qualified candidates from competitions—Appeal Board adopted same rigid, formalistic approach—Appeal Board erred by failing to appreciate sole purpose for transcript requirement to assist Selection Board in assessing educational qualifications specified in screening criteria—In interpreting requirement as mandatory condition in screening process, Appeal Board further erred by ignoring fundamental question of whether applicants qualified for positions—As result, Appeal Board’s violated merit principle in that qualified candidates excluded

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

from competition—Appeal Board decision patently unreasonable.

HASSALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-615-98,  
McGillis J., order dated 4/2/99, 12 pp.)

**RCMP**

Applicant seeking standby compensation—Applicant, member of Informatics Branch, required to carry pager and drive RCMP van home for rapid response when Special Emergency Response Team (SERT) called into action—Operative threshold for standby status in RCMP administration manual, s. H.8.a.2: member on standby when ordered to remain available and to respond immediately to duty requirement—In each instance, determination to be made whether factual circumstances meet test and constitute, at least implicitly, standby order—In December 1990, officer-in-charge of SERT (OIC SERT) issued verbal order cancelling standby status during meeting to which applicant not invited—Applicant’s supervisor did not cancel his standby status at same time as cancellation order by OIC SERT—Applicant arguing job description requirement to carry pager and use RCMP van to travel home must be read as standby order and entitled to compensation therefor—Application dismissed—Level II Adjudicator correctly understood appropriate test: once standby order for SERT rescinded, no need for applicant to remain on standby, therefore, would only respond when SERT called out if available—Applicant’s job description, requiring him to carry pager when off duty and return home with van, stated no standby compensation would be paid for this responsibility—Adjudicator’s decision neither patently unreasonable nor based on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner—Even if matter one of mixed law and fact, where less curial deference appropriate, Court would not intervene as decision under review neither unreasonable nor clearly wrong.

BRAMALL V. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL  
CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-792-98, Lutfy J.,  
order dated 4/2/99, 7 pp.)

Application to stay all further proceedings of RCMP Public Complaints Commission (PCC) in matter of complaints against applicants in connection with Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) meetings held in Vancouver in November 1997, until Court disposing of judicial review application commenced in November 1998—Judicial review commenced in respect of PCC’s decision “to continue the hearing notwithstanding a reasonable apprehension that the Chair may have prejudged the issues before the hearing, and therefore may be biased”—RCMP responsible for security at APEC conference—Improper arrest, detention of protesters, improper curtailing of legitimate demonstrations, use

**RCMP—Concluded**

of excessive force alleged against RCMP—On February 20, 1998 notice of decision to institute hearing issued—Gerald Morin appointed Chair—Panel empowered to make findings of fact, recommendations to RCMP Commissioner, including recommendations disciplinary action be taken against applicants—Adverse findings of fact, recommendations may have serious impact on applicants' reputations, careers—Shortly after hearing commenced, RCMP member stating overheard conversation in which Chairman indicating view RCMP used excessive force during APEC meetings, knew what decision would be in circumstances, knew what RCMP would do to avoid decision—Chairman unequivocally denied allegations—Applicants commenced judicial review application of decision to continue hearing—Application for stay allowed—Applicant's judicial review application properly brought before this Court in view of *Beno v. Canada (Somalia Inquiry Commission)* (1996), 207 N.R. 76 (F.C.A.)—(1) Challenge to Chairman's fitness to remain member of Panel serious issue—Denial of allegations not rendering question to be tried less serious—(2) Applicants stand to suffer serious harm if Panel issues adverse report—Harm would be irreparable—(3) Balance of convenience favouring applicants—No public interest in inflicting prejudice on applicants by concluding hearing which may be terminated because Court concluding reasonable apprehension of bias in regard to Chairman—Public interest requiring issue of bias be resolved as soon as possible—Also requiring hearing not resume before bias issue resolved.

ADRIAANSE V. MALMO-LEVINE (T-2140-98, Nadon J., order dated 27/11/98, 12 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Passing-off action—Plaintiff claiming defendant's trade mark and trade name causing or likely to cause confusion with its own name, used as trade mark or trade name in association with insurance services for over 110 years—Action dismissed—In *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120 has defined what plaintiff must establish in passing-off action: (1) goodwill attached to services supplied; (2) defendant has made misrepresentation likely to lead public to believe source of defendant's and plaintiff's services same; (3) plaintiff likely to suffer damage—In this case, goodwill established in connection with plaintiff's name—However, considering factors set out in Act, s. 6(5), evidence does not support likelihood of confusion—Plaintiff's name highly descriptive (Insurance Company) and includes descriptive geographic element (Prince Edward Island)—Accordingly, not entitled to high degree of protection and must accept inevitable risk of some confusion—Significant differences in services and trade of parties—On one hand, plaintiff emphasizing "mutual"

**TRADE MARKS—Continued**

company owned by its members, protecting each other, providing reasonably priced services, discounts and rebates, and dealing mainly in fire insurance primarily for farming community—On other hand, defendant presenting itself as island-based general insurance company linked to Charlic Cooke Insurance, dominant market being automobile, commercial insurance—Furthermore, as matter of first impression, trade marks substantially dissimilar and, when looked at in their totality, so little resemblance between them that one could not conclude likelihood of confusion—Marks also have very different look—Evidence of actual confusion insufficient—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 7.

PRINCE EDWARD ISLAND MUTUAL INSURANCE V. INSURANCE CO. OF PRINCE EDWARD ISLAND (T-733-96, Rouleau J., judgment dated 29/1/99, 21 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Trade-marks Opposition Board Chairman decision rejecting appellant's opposition to application for registration of "Vogue" trade mark for use in association with door locks and lock hardware—In opposition proceedings, appellant argued respondent's trade mark confusing with appellant's "Vogue" and "Vogue Decoration" magazines; respondent not entitled to registration as, at date of application, trade mark confusing with appellant's trade mark which had been used to such extent that trade marks very well known and indeed famous in Canada—Issues whether registrar erred in allowing respondent's application over appellant's opposition; whether respondent's proposed trade mark confusing with appellant's; whether respondent entitled to register trade mark "Vogue" in view of appellant's prior use of trade marks "Vogue" and "Vogue Decoration"—Appeal allowed—On appeal from Board decisions pursuant to Act, s. 56, Court must come to its own conclusion as to correctness of finding of Board; in doing so, however, Court must take into account special experience and knowledge of Board, and have regard to whether new evidence has been put before Court that was not before Board: *Labatt Brewing Co. v. Molson Breweries, A Partnership* (1996), 113 F.T.R. 39 (F.C.T.D.)—Legal burden on applicant to establish there would be no reasonable likelihood of confusion between trade marks of parties at date of registrar's decision—Likelihood of confusion to be determined according to factors set out in Act, s. 6(5): inherent distinctiveness; length of time marks in use; nature of wares; nature of trade; degree of resemblance—In instant case, only nature of wares and nature of trade need be considered, other three factors clearly in favour of appellant—With respect to nature of trade, evidence that appellant's magazine sold to consumers by subscription and at newsstand—Respondent has filed no evidence concerning nature of its intended trade, and its claimed monopoly not limited in any



**TRADE MARKS—Continued**

way—Therefore, appropriate to presume that monopoly sought by respondent includes products sold to consumers through all conceivable channels of trade—Criteria outlined in Act, s. 6(5) need not be given equal weight—Strong mark such as appellant's entitled to greater ambit of protection—In absence of any evidence from respondent concerning nature of its wares and respondent's claimed monopoly, appropriate to presume that all kinds of door locks and lock hardware fall within scope of its monopoly sought by respondent, including high quality, stylish, decorative products such as those likely to be featured, advertised or written about in appellant's magazines—Not case of gaping divergence in nature of wares—Chairman of Opposition Board therefore erred in saying no likelihood of confusion herein—Duty of respondent to select name with care so as to avoid any confusion and so as to avoid appearance he intended to jump on bandwagon of already famous mark—Many decisions where famous mark has prevailed with respect to non-competing goods—Evidence of trade names and trading styles which incorporate use of "Vogue" in telephone directories throughout Canada can lead to reasonable inference that number of these enterprises active in business, although far from determinative in this case—Weight of such evidence not sufficient to limit scope of protection to be afforded strong mark such as "Vogue"—In this case, nexus between wares particularly where marks identical and registered mark well-known mark—Applicant has not limited its use of mark to products which would be foreign to ambit of protection that "Vogue" mark now has—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 56.

ADVANCE MAGAZINE PUBLISHERS INC. v. MASCO BUILDING PRODUCTS CORP. (T-2756-96, Richard A.C.J., order dated 29/1/99, 21 pp.)

Appeal from Registrar of Trade-marks' refusal to register applicant's trade-mark "Unitel" for use in association with radio/telecommunications equipment, land mobile radios—Trade-marks Examiner reporting applicant apparently not person entitled to registration of trade-mark "Unitel" since claimed date of first use subsequent to date of first use claimed in application by Canadian Pacific Telecommunications Inc., predecessor to AT & T Canada Long Distance Services Company—Applicant's trade-mark remaining in state of suspension for next seven years as result of several extensions of time requested by it—In meantime, AT & T trade-mark proceeded to publication in *Trade-marks Journal* for opposition purposes—Whether Registrar owing to applicant duty to have application advertised for opposition purposes prior to satisfying herself "applicant not person entitled to registration of trade-mark because confusing with another trade-mark for registration of which application pending" as stated in Trade-marks Act, s. 37(1)(c)—Applicant submitting Registrar's refusal should be set aside because barring applicant access to quasi-judicial process of opposition procedure set out in Act—Appeal dismissed—(1)

**TRADE MARKS—Concluded**

Given structure, plain meaning of s. 37(1), Parliament not intending to require Registrar to cause application to be advertised if satisfied one of circumstances stated in paragraph (a), (b) or (c) present—(2) Scheme of Act as whole providing person in situation analogous to that of applicant with sufficient guarantees of procedural fairness—In context of refusal pursuant to s. 37(1)(c), s. 37(2) already providing applicant with opportunity to be notified of Registrar's objections, reasons for those objections, and to be given adequate opportunity to answer those objections prior to Registrar's decision—Scheme of legislation also permitting such applicant full opportunity to question pending application of another person through opposition proceedings, courts—Act, ss. 38, 39, Trade-marks Regulations, ss. 35 to 47 containing comprehensive code allowing party to properly oppose proposal to register trade mark after advertised, entitling such party to adduce evidence, make representations to Registrar in that regard—Additionally, any decision of Registrar, including decision to register trade mark may be appealed to Federal Court, which also has jurisdiction to enforce any provision of Act (ss. 55 to 61)—Registrar, after having fully complied with requirements of s. 37(2), and having considered applicant's objections, could properly refuse latter's application on basis information submitted correct—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 37, 38 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 134; 1993, c. 15, s. 66), 39 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 67), 55, 56, 57, 58, 59, 60 (as am. by S.C. 1995, c. 1, s. 62), 61—Trade-marks Regulations, SOR/96-195, ss. 35 to 47.

UNITEL INTERNATIONAL INC. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-1202-98, Pinard J., order dated 15/1/99, 7 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Claim for declaratory order that plaintiff's debt to Employment and Immigration Commission time barred—In November 1988, Employment and Immigration Commission retroactively cancelling plaintiff's unemployment insurance benefit period (December 1984 to December 1985), effectively creating overpayment of \$9,600—Close relative of plaintiff pleading guilty to criminal offence of defrauding Employment and Immigration of sum exceeding \$1,000 in claim for benefits on plaintiff's behalf—Criminal charge against plaintiff in relation to same facts ending in stay of proceedings—In February 1994, Federal Court issuing certificate ordering plaintiff to pay sum of \$9,611—Plaintiff technically alleging right to recovery of amounts overpaid to plaintiff by Commission time barred, owing to expiration of 36-month period enacted in Act, s. 35(4)—Action dismissed—Existence of plaintiff's false statements firmly established, and particular factual context gives rise to presumption statements made knowingly—To rebut pre-

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

sumption, plaintiff had to explain reason for making statements, but plaintiff totally refrained from doing so—Commission adequately justified opinion plaintiff knowingly made false statements in question, thereby committing offence under Act, s. 33(1), as provided in Act, s. 35(4) (also providing for extensions of time to 72 months in that case)—Stay of criminal proceedings against plaintiff does not render inadmissible in Federal Court evidence tending to demonstrate plaintiff knowingly made false statements, because judgments of criminal courts not *res judicata* in subsequent civil trials—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 33(1), 35(4).

CHAREST V. CANADA (T-1182-93, Pinard J., judgment dated 4/2/99, 12 pp.)

**VETERANS**

Pension—Application for judicial review of decision of Veterans Review and Appeal Board (VRAB) denying applicant's pension entitlement—Applicant claimed disability pension under Pension Act on basis of disabilities resulting from injuries incurred when fell while taking shower aboard *H.M.C.S. Qu'Appelle* during officer training in 1990—VRAB denied pension on basis claimed condition did not arise out of or not directly connected to military

**VETERANS—Concluded**

service (incident occurred after dinner, and after applicant had three or four beers at mess)—Found applicant off duty and "on his own time"—Issue whether or not claimed condition arose out of or directly connected to military service—Application allowed—In making decision, VRAB has adopted wrong test to determine applicant's entitlement to pension—Constitutes jurisdictional error—VRAB simply refused or neglected to enter upon examination of question as to whether or not applicant's disability resulted from injuries that arose out of or directly connected to his military service in peace time, taking into account Pension Act, s. 21(3)(f): *Ewing v. Canada (Veterans Review and Appeal Board)* (1997), 137 F.T.R. 298 (F.C.T.D.)—Applicant herein in fact in training when incident occurred—In so refusing, VRAB failed to consider evidence before it and relevant provisions of law in accordance with interpretive obligations imposed on it by Pension Act, s. 2 and Veterans Review and Appeal Board Act, ss. 3, 39—VRAB's decision set aside and application for pension referred back to VRAB for rehearing and redetermination by differently constituted panel—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 2, 21(3)(f) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8)—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 39.

BRADLEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-157-98, Blais J., order dated 27/1/99, 8 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.*

## ANCIENS COMBATTANTS

Pension—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) a refusé la demande de pension du demandeur—Le demandeur a présenté une demande de pension d'invalidité en vertu de la Loi sur les pensions au motif que son invalidité avait été causée par des blessures subies lorsqu'il a fait une chute en prenant sa douche à bord du *N.C.S.M. Qu'Appelle* durant sa formation d'officier en 1990—Le Tribunal a décidé de ne pas accorder une pension au demandeur au motif que l'invalidité n'était pas consécutive ou rattachée directement au service militaire (l'accident s'est produit après le souper et après que le demandeur eut consommé trois ou quatre bières au mess)—Le Tribunal a conclu que le demandeur n'était pas en service et était «libre de son emploi du temps»—La question litigieuse était de savoir si l'invalidité était ou non consécutive ou rattachée directement au service militaire—Demande accueillie—Pour rendre sa décision, le Tribunal a adopté le mauvais critère pour déterminer le droit du demandeur à une pension—Il s'agit d'une erreur de compétence—Le Tribunal a simplement refusé ou omis d'examiner la question de savoir si l'invalidité du demandeur avait été causée par des blessures rattachées directement à son service militaire en temps de paix, en tenant compte de l'art. 21(3)f) de la Loi sur les pensions: *Ewing c. Canada (Tribunal des anciens combattants (révision et appel))* (1997), 137 F.T.R. 298 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le demandeur était bel et bien en formation lorsque l'accident s'est produit—Vu son refus, le Tribunal n'a pas examiné la preuve dont il était saisi et les dispositions législatives pertinentes en conformité avec les obligations d'interprétation qui lui sont imposées par l'art. 2 de la Loi sur les pensions et les art. 3 et 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)—La décision du Tribunal est annulée et la demande de pension du demandeur est renvoyée au Tribunal pour nouvelle audition et nouvelle décision par une formation composée d'autres membres—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 2, 21(3)f) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art.

## ANCIENS COMBATTANTS—Fin

8)—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 39.

BRADLEY C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)  
(T-157-98, juge Blais, ordonnance en date du 27-1-99,  
8 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de jugement déclaratoire portant que la dette du demandeur envers la Commission de l'emploi et de l'immigration est prescrite—En novembre 1988, la Commission de l'emploi et de l'immigration a annulé rétroactivement la période de prestations d'assurance-chômage du demandeur (décembre 1984 à décembre 1985), ce qui a eu pour effet de créer un trop-payé de 9 600 \$—Un proche parent du demandeur a plaidé coupable au criminel d'avoir fraudé Emploi et Immigration d'une somme de plus de 1 000 \$ lors d'une demande de prestations au nom du demandeur—Une accusation au criminel portée contre le demandeur relativement à ces faits s'est terminée par un arrêt des procédures—En février 1994, un certificat l'enjoignant de payer la somme de 9 611 \$ a été émis par la Cour fédérale—Le demandeur plaide strictement que le droit au recouvrement des montants qui lui ont été payés en trop par la Commission est prescrit, en raison de l'expiration du délai de 36 mois prévu à l'art. 35(4) de la Loi—Action rejetée—L'existence des fausses déclarations du demandeur est solidement établie, et le contexte factuel particulier fait naître un présomption qu'elles ont été faites sciemment—Pour repousser cette présomption, le demandeur devait donc expliquer pourquoi il les avait faites, ce qu'il s'est totalement abstenu de faire—La Commission a donc dûment justifié son opinion que le demandeur avait sciemment fait les fausses déclarations en question, commettant ainsi une infraction à l'art. 33(1) de la Loi, tel que prévu à l'art. 35(4) de la même Loi (qui prévoit ainsi que le délai de prescription est porté à 72 mois dans ce cas)—L'arrêt des procédu-

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

res criminelles contre lui ne rend pas inadmissible la preuve devant cette Cour tendant à démontrer qu'il a sciemment fait les fausses déclarations car les jugements des cours criminelles ne constituent pas *res judicata* dans des procès civils subséquents—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 33(1), 35(4).

CHAREST C. CANADA (T-1182-93, juge Pinard, jugement en date du 4-2-99, 12 p.)

**BREVETS**

Demande d'ordonnance interdisant au Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité (AC) à Genpharm Inc. à l'égard du médicament naproxen avant l'expiration des brevets canadiens n<sup>os</sup> 1,131,660 ('660) et 1,135,717 ('717)—La défenderesse Genpharm a envoyé une lettre à Hoffmann-La Roche (La Roche) datée du 20 mars 1998 contenant un avis d'allégation concernant les comprimés de naproxen comme l'exige l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Le Règlement a été modifié le 12 mars 1998 et dispose dorénavant qu'un avis d'allégation ne doit pas être signifié avant le dépôt de la présentation d'une drogue nouvelle (PDN)—Genpharm a envoyé l'avis d'allégation à La Roche le même jour, soit le 20 mars 1998—L'envoi simultané, par courrier recommandé, de l'avis d'allégation à La Roche et de la PDN au ministre respecte les exigences de l'art. 5(3)c(i) du Règlement—Pour l'essentiel, l'allégation de Genpharm précise que les brevets sur lesquels La Roche se fonde ne sont pas des brevets portant sur une revendication soit pour un médicament en soi, soit pour son utilisation, et par conséquent, que la vente de naproxen par Genpharm ne constitue pas une contrefaçon de ces revendications—Il n'y avait ni ambiguïté, ni imprécision—L'allégation de Genpharm est un exposé suffisamment clair de la question et elle fournit une base sur laquelle La Roche pouvait tenter de réfuter les allégations qui s'y trouvaient—Genpharm n'a pas établi que la preuve de la signification faite à La Roche a été signifiée au ministre—Néanmoins, une partie demanderesse ne peut invoquer l'omission de fournir au ministre une preuve de la signification dans le but d'obtenir une ordonnance portant que le ministre n'a pas compétence pour délivrer l'AC demandé—La preuve de signification au ministre, exigée par la disposition, est conçue pour profiter au ministre et non à la demanderesse—Les brevets de La Roche visant le naproxen ont fait l'objet d'autres procédures relatives aux avis de conformité devant la Cour—Les parties sont convenues que les décisions *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (l'affaire *Apotex*) et *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 79 C.P.R. (3d) 486 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (l'affaire *Novopharm*) ne peuvent avoir pour effet de faire intervenir le principe de l'autorité de la chose

**BREVETS—Suite**

jugée et de l'*issue estoppel* en l'espèce—La demanderesse est la même dans les trois affaires mais les défendeurs sont différents—Certains éléments de preuve déposés en l'espèce n'ont été déposés dans aucune des affaires antérieures—La demanderesse n'a pas déposé tous les éléments de preuve nécessaires afin d'établir que les revendications 27 des brevets '660 et '717 sont des revendications portant sur des médicaments—Les éléments de preuve présentés par Roche ne permettent pas d'établir que les mélanges décrits dans les deux revendications 27 sont des médicaments—Il n'y a aucune revendication dans le brevet '660 selon laquelle le mélange aurait un effet thérapeutique—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4).

HOFFMANN-LA ROCHE LTÉE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-970-98, juge Reed, ordonnance en date du 26-1-99, 13 p.)

Appels du rejet d'une demande d'interdiction—Les appelantes prétendent que le juge en chef adjoint Jerome a commis une erreur en refusant de déclarer que le délai visé à l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) continuait à s'appliquer—L'art. 7(1)e prévoit que le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la date qui suit de 30 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée à l'art. 6(1)—L'art. 7(4) dispose que l'art. 7(1)e cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée à l'art. 6(1) si celle-ci est rejetée par le tribunal, de façon définitive—Cette question n'avait pas été soulevée dans leur avis de requête, mais les appelantes ont demandé à la Cour de déclarer que le délai visé à l'art. 7 continue de s'appliquer tant que tous les appels possibles n'auront pas été épuisés parce que jusqu'à cette date, leurs demandes d'interdiction n'étaient pas «rejetées de façon définitive»—La question est de savoir si le juge saisi de la requête aurait dû déclarer que le délai visé au Règlement devait continuer de s'appliquer «jusqu'à ce que tous les appels formés contre la décision de la présente Cour soient épuisés»—Appels rejetés—Il n'aurait pas été approprié que cette réparation soit demandée dans les avis de requête introductifs d'instance puisque le Règlement ne prévoit pas cette mesure de redressement—C'est le Règlement qui détermine la procédure applicable à l'égard d'une demande d'interdiction de délivrance d'avis de conformité et les appelantes ont précisément invoqué ce Règlement dans les avis introductifs d'instance—C'est le Règlement, et non la Cour, qui crée le délai automatique et qui précise les conditions qui y mettent fin—Le pouvoir spécial du tribunal en vertu de l'art. 7(5) d'abréger ou de proroger le délai lorsqu'une partie n'a pas collaboré raisonnablement n'a pas été invoqué en l'espèce—Le tribunal n'avait aucun pouvoir direct de proroger le délai—Il n'avait pas non plus le pouvoir, en vertu du

**BREVETS—Suite**

Règlement, de statuer sur la bonne interprétation des termes «rejetée, de façon définitive» de l'art. 7(4)—Il aurait été plus approprié de solliciter la réparation prévue à l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 7 (mod. par DORS/98-166, art. 6)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

HOFFMANN-LA ROCHE LTÉE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-92-98, A-93-98, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 13-1-99, 11 p.)

Appels du rejet par le juge Hugessen des demandes d'interdiction des appelantes, d'un bref de *certiorari* visant à empêcher ou à annuler la délivrance des avis de conformité (AC) touchant les compositions de naproxen, pour cause d'irrecevabilité du fait de la chose jugée, au motif que, dans une procédure à laquelle participaient les mêmes parties, le juge en chef adjoint avait refusé de confirmer que le délai prescrit à l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) devait perdurer jusqu'au rejet de tous les appels ou jusqu'à l'expiration de tous les délais d'appel—En vertu de l'art. 7(4), l'interdiction faite au ministre de délivrer un AC que prévoit automatiquement l'art. 7(1) lorsqu'une demande d'interdiction est déposée peut cesser de s'appliquer si la demande est rejetée par le tribunal, de façon définitive—Les appelantes font valoir que le juge Hugessen aurait dû interdire au ministre de délivrer des AC jusqu'à ce que tous les appels aient été épuisés—Le juge Hugessen a estimé que le juge en chef adjoint avait en fait déjà refusé la mesure de redressement sollicitée—Comme cette question a été soumise par erreur au juge en chef adjoint, sa décision n'a pas force de chose jugée—Dans l'interprétation des termes «rejetée par un tribunal, de façon définitive» de l'art. 7(4), il faut tenir compte de toute la phrase—Le «tribunal» dont il est fait mention est défini comme étant la Cour fédérale du Canada ou tout autre cour supérieure compétente—Dans la mesure où l'instance se déroule devant la Section de première instance de la Cour fédérale, l'expression «rejetée par le tribunal» s'entend de «rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale»—Cette interprétation semble davantage cohérente au regard de la définition du terme «tribunal» qui englobe les cours provinciales supérieures compétentes, c'est-à-dire vraisemblablement seuls les tribunaux qui ont compétence exclusive en matière d'interdiction—Si le terme «tribunal» comprenait les deux sections de la Cour fédérale, cela voudrait dire qu'une affaire entendue en premier lieu par la Section de première instance est «rejetée, de façon définitive» lorsque la Cour d'appel a rendu jugement ou que le délai d'appel est expiré—Cette conclusion tient compte de la nature sommaire des procédures établies par le Règlement et du fait que la délivrance d'un AC ne détermine aucunement, de façon définitive, les droits du titulaire d'un

**BREVETS—Suite**

brevet—Une distinction peut être faite d'avec les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Leblanc et al. c. Curbera*, [1983] 2 R.C.S. 28 (quant au sens du mot «définitif») —Il n'y a donc plus aucune raison d'accorder une interdiction ni de déclarer l'invalidité d'un AC au motif qu'il contrevient aux délais visés à l'art. 7(1), ces sursis ayant pris fin—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 7.

HOFFMANN-LA ROCHE LTÉE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-286-98, A-287-98, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 13-1-99, 7 p.)

**CONTREFAÇON**

Appels d'un jugement de la Section de première instance et d'un jugement rendu sur consentement dans des actions pour contrefaçon statuant que les revendications du brevet '734 (agitateur combiné unidirectionnel et oscillant pour laveuse automatique) étaient valides et étaient contrefaites par les appelantes, et que les revendications du brevet 803 étaient valides mais n'étaient pas contrefaites—Mêmes questions en litige soulevées dans les deux appels quant à la validité du brevet '734—Les deux parties appelantes fondent leur attaque du jugement du juge Cullen dans le premier appel sur le fait qu'il aurait commis une erreur en rejetant les prétentions de double brevet par rapport à l'invention brevetée par les intimées dans le brevet '401 ou le brevet '803, ou de modification évidente de cette invention—Les appelantes prétendent qu'une partie du brevet '734 n'était qu'un perfectionnement évident et que les onze premières revendications du brevet '734 avaient une portée plus large que l'invention et, partant, qu'elles avaient des visées trop ambitieuses—Les appelantes dans le premier appel prétendent que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait contrefaçon des revendications 6, 8 et 14—Elles prétendent enfin que le juge de première instance a erré en adjugeant aux intimées leurs frais et dépens relatifs aux procédures visant le brevet '803 puisqu'il avait conclu que ce brevet était valide mais qu'il n'avait pas été contrefait—Appels rejetés—Le juge de première instance avait raison de dire qu'il incombe au breveté d'établir la validité du brevet une fois que la partie qui la conteste offre une certaine preuve en ce sens, selon la prépondérance des probabilités—Inexistence du double brevet en l'espèce—L'essence de l'invention du brevet '734 est le système unique de lavage résultant du jumelage d'ailettes flexibles et de l'agitation à double effet, tandis qu'un agitateur à double effet doté d'ailettes flexibles ne peut être envisagé par les brevets '401 ou '803—Les trois brevets sont donc distincts—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que l'invention divulguée dans le brevet '734 n'était pas la même que celle qui avait été divulguée dans les brevets '401 ou '803—Le juge de première instance n'a

**BREVETS—Suite**

pas commis d'erreur en refusant de voir l'invention divulguée dans le brevet '734 comme une variation ou une modification évidente de l'une ou l'autre des inventions divulguées dans les deux brevets antérieurs sur le double effet—Ni en concluant que l'agitation à double effet et l'agitation à simple effet sont des mécanismes si différents l'un de l'autre qu'une personne versée dans l'art n'aurait pas aisément tenu pour interchangeables les éléments de l'un et de l'autre, et que seule une analyse rétrospective amènerait à croire le contraire—Les appelantes dans les deux appels n'ont pas réussi à démontrer que le juge de première instance a commis une erreur dans l'appréciation de la preuve ou dans sa conclusion portant que l'utilisation d'ailettes flexibles sur les agitateurs à double effet n'était pas un perfectionnement évident des antériorités ou que la substitution de ces ailettes à des ailettes fixes était évidente—Quant aux visées trop ambitieuses, il n'est aucun fondement en droit susceptible de justifier d'intervenir à l'égard de la conclusion tirée par le juge de première instance que l'invention n'était pas un simple perfectionnement—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur non plus en concluant qu'il y a eu contrefaçon des revendications 6, 8 et 14—Il n'y a pas lieu de modifier l'adjudication des dépens faite par le juge de première instance.

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC. (A-630-97, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 22-1-99, 19 p.)

**PRATIQUE**

Demande de la demanderesse en vue d'obtenir une ordonnance de cessation d'occuper à l'égard du cabinet d'avocats Lang Michener, inscrit au dossier pour les défenderesses—La demanderesse cherche à faire infirmer, conformément à la règle 1733, un jugement du juge Cullen concluant que la demanderesse Imperial Oil a contrefait le brevet des défenderesses—Suivant la thèse générale de la demanderesse, M. Fred Billmeyer fils, témoin expert retenu par les défenderesses, a délibérément induit le juge Cullen en erreur en faisant sciemment un faux témoignage à l'instruction—L'avocat de la demanderesse soutient que Lang Michener devrait cesser d'occuper parce que les avocats de ce cabinet témoigneraient probablement à l'audience—Rien n'indique que les défenderesses ou la demanderesse ont l'intention de citer des avocats de Lang Michener à l'appui de leur cause—La requête visant à rendre des avocats inhabiles à agir doit être examinée avec souplesse—Chaque cas est un cas d'espèce—Il est prématuré de rendre une ordonnance de cesser d'occuper pour les défenderesses—La participation continue de certains avocats de Lang Michener ne déconsidère pas ou ne tend pas à déconsidérer l'administration de la justice—La protection de la confiance du public dans l'administration de la justice

**BREVETS—Fin**

n'exige pas, pour le moment, que le cabinet Lang Michener cesse d'occuper—Le cas échéant, lorsqu'un avocat de Lang Michener sera cité comme témoin, il faudra examiner la question de façon à protéger l'intégrité de l'administration de la justice—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1733.

IMPERIAL OIL LTD. C. LUBRIZOL CORP. (T-577-87, juge Nadon, ordonnance en date du 20/1/99, 13 p.)

Appel d'une ordonnance interlocutoire du juge Pinard refusant de radier les mentions du brevet canadien n° 1,161,380 (le brevet '380) de l'avis de demande d'ordonnance d'interdiction présentée par les intimées (Merck) sous le régime du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Merck cherchait à faire interdire au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité à Apotex relativement à la simvastatine, avant l'expiration des brevets '380 et '322—Merck est propriétaire du brevet canadien n° 1,199,322 (le brevet '322)—Apotex demande le prononcé d'une ordonnance visée à l'art. 6(5) du Règlement, rejetant la demande d'ordonnance d'interdiction de Merck uniquement en rapport avec le brevet '380—Le juge des requêtes a conclu avec raison que l'art. 6(5) ne permet pas à un tribunal de ne rejeter qu'une partie d'une demande d'ordonnance d'interdiction—La «demande» prévue à l'art. 6(1) vise à faire interdire au ministre de délivrer à une seconde personne un avis de conformité concernant un médicament—La demande porte sur la question de savoir si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente du médicament faisant l'objet de la demande d'avis de conformité contreferaient l'un quelconque des brevets énumérés dans la liste de brevets—Une demande unique peut par conséquent porter sur plusieurs brevets, ainsi qu'il ressort clairement du libellé de l'art. 6(5) où il est fait mention du rejet de la demande lorsque «les brevets en cause» ne sont pas admissibles à l'inscription au registre—Conformément à l'objectif d'intérêt public voulant que les instances fondées sur le Règlement soient instruites sommairement, l'art. 6(5) prévoit maintenant qu'une demande peut être rejetée aux premiers stades de la procédure—Ce nouveau recours ne peut faciliter le règlement rapide des instances régies par le Règlement que s'il entraîne le rejet intégral de la demande—L'art. 6(5) ne prévoit de rejet que lorsqu'il peut être démontré que tous les brevets en cause sont inadmissibles—Apotex n'est pas fondée à invoquer la compétence implicite de la Cour à diriger son fonctionnement et à ordonner la radiation du brevet '380 de l'avis de requête initial—Appel rejeté—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5.)

MERCK FROSST CANADA INC. C. APOTEX INC. (A-215-98, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 4-2-99, 6 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## EXCLUSION ET RENVOI

*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur était une personne visée au paragraphe 27(2) de la Loi sur l'immigration, et non admissible au Canada en vertu de l'art. 19(1)c.2) et 19(2)a.1)(i) de la Loi—Le demandeur est un citoyen de Hong Kong arrivé au Canada en 1982—Il était membre de la bande «14K Triad» à Hong Kong dans son adolescence—Il a été déclaré coupable de vol à Hong Kong en 1979—En septembre 1988, la police de la Communauté urbaine de Toronto l'a arrêté et l'a inculpé de plusieurs infractions en matière de drogue—En septembre 1997, il a été frappé d'une mesure d'expulsion du Canada en application de l'art. 32(2) de la Loi—L'art. 19(1)c.2) exclut de l'admission au Canada les personnes qui sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités criminelles, planifiées et organisées, en vue de la perpétration d'infractions au Code criminel ou à la Loi réglementant certaines drogues et autres substances—L'arbitre a eu raison de décider que l'art. 19(1)c.2) ne contrevient pas à l'art. 2d) de la Charte—L'art. 19(1)c.2) de la Loi limite la possibilité pour un étranger qui est membre d'une organisation impliquée dans des activités illégales d'entrer ou de demeurer au Canada—L'art. 2d) de la Charte n'entre pas en jeu parce ce qu'il ne s'applique pas au-delà des frontières du Canada de façon à protéger le droit d'un ressortissant étranger d'être membre d'une organisation criminelle étrangère—Quand bien même l'art. 2d) entrerait en jeu, la restriction à la liberté d'association contenue à l'art. 19(1)c.2) constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique—Il ne convient pas d'interpréter les termes «sont ou ont été» de l'art. 19(1)c.2) de façon à ce qu'ils s'excluent mutuellement—La prétention du demandeur selon laquelle l'art. 19(1)c.2) criminalise l'appartenance à une organisation criminelle est insoutenable—Cette disposition n'a pas pour objet de criminaliser une telle appartenance mais d'exclure de l'admission au Canada les personnes ne pouvant convaincre le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national—L'arbitre a eu raison de décider que le demandeur tombait sous le coup de l'art. 19(1)c.2)—L'arbitre a également eu raison de juger que le Code criminel correspond à la loi de Hong Kong quant aux éléments essentiels de l'infraction de vol—À cette fin, il a suivi la procédure indiquée dans *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 487 (C.A.)—La définition de «malhonnêtement» dans la loi de Hong Kong comporte l'élément de «sans apparence de droit» contenu dans la loi canadienne—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1) (mod. par L.R.C. (1985)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

(3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83), 19(2) (mod., *idem*), 27(2), 32(2)—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<sup>o</sup> 44], art. 2d)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46—Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.

YUEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5272-97, juge Cullen, ordonnance en date du 4-2-99, 15 p.)

*Renvoi de visiteurs*

Appel contre une décision du juge des requêtes ((1995), 31 Imm. L.R. (2d) 269) rejetant une demande de contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion conditionnelle prise par l'arbitre contre le demandeur en vertu de l'art. 32.1(4) de la Loi sur l'immigration—Les faits soumis à l'arbitre en l'espèce avaient plus d'ampleur que ceux soumis au juge des requêtes dans l'affaire *Legault c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 90 F.T.R. 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), portée en appel sous le n<sup>o</sup> du greffe A-47-95) (1997), 219 N.R. 376 (C.A.F.)—Le juge Gibson a eu raison d'établir une distinction d'avec les motifs du juge des requêtes dans l'affaire *Legault*—Il a eu raison de statuer que l'arbitre avait des motifs raisonnables de croire que l'art. 19(1)c.1)(ii) de la Loi sur l'immigration s'appliquait au demandeur—L'arbitre a eu raison de prendre une mesure d'expulsion conditionnelle—La réponse à la question certifiée est négative—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 32.1(4) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 12).

KIANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-372-95, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 22-10-98, 2 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente d'immigration selon laquelle il n'y a pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour que le ministre accorde une dispense en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur, un Témoin de Jéhovah de la Roumanie, a revendiqué le statut de réfugié vu qu'il avait omis de se soumettre à un ordre lui enjoignant de se présenter à l'armée roumaine pour faire son service militaire—Après le rejet de sa revendication, le demandeur a demandé le droit de s'établir au pays en invoquant des motifs d'ordre humanitaire—L'agente d'immigration a demandé à un agent de révision des revendications refusées (l'agent de révision) de lui fournir un avis concernant le danger auquel le demandeur serait vraisemblablement exposé s'il retournait en Roumanie—L'agent de révision a conclu

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que le demandeur ne serait exposé à aucun danger s'il retournait en Roumanie—Ce rapport n'a pas été communiqué au demandeur, mais l'agent de l'immigration en a vraisemblablement tenu compte lorsqu'elle a décidé de rejeter la demande invoquant des motifs d'ordre humanitaire présentée par le demandeur—Les questions litigieuses étaient de savoir: 1) si l'agent de l'immigration avait violé l'obligation qui lui incombait d'agir équitablement lorsqu'elle avait omis de communiquer au demandeur le rapport de l'agent de révision, bien qu'elle en ait vraisemblablement tenu compte lorsqu'elle a décidé de rejeter la demande invoquant des motifs d'ordre humanitaire présentée par le demandeur; 2) si l'agent de révision avait outrepassé sa compétence lorsqu'il avait jugé que la peine d'emprisonnement d'une durée d'un à trois mois qui serait imposée au demandeur s'il était reconnu coupable, en vertu du droit roumain, d'avoir omis de se présenter à l'armée pour faire son service militaire n'était «ni draconienne, ni inhumaine, ni sévère»; 3) si la conclusion de l'agent de révision selon laquelle il était peu probable que les autorités roumaines appliquent rigoureusement la loi sur le service militaire n'était qu'une supposition que n'étayait aucun élément de preuve; 4) si, en faisant remarquer qu'il avait lu qu'un projet de loi prévoyant un service de nature autre que militaire pour les objecteurs de conscience avait été déposé devant le parlement roumain, l'agent de révision avait tenu compte d'une considération non pertinente—Demande rejetée—En ce qui concerne la première question litigieuse, il a été jugé que l'équité n'exigeait pas qu'un agent communique, pour fins de commentaires, des renseignements sur la situation générale qui régnait dans un pays que l'agent de révision avait obtenus du Centre de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, au motif que de tels renseignements étaient mis à la disposition du public et que toute personne connaissant bien le processus s'attendrait à ce que l'agent de révision les consulte vraisemblablement: *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 461 (C.A.)—Compte tenu de cet arrêt, il est permis de se demander si la décision *Al-Joubeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) doit toujours être appliquée—Les renseignements provenant du Centre de documentation portaient sur la «situation générale qui règne au pays», au sens qui est donné à cette expression dans l'arrêt *Mancia*—Dans le contexte de la présente affaire, cette expression visait à établir une distinction entre les connaissances d'ordre général et les questions à l'égard desquelles il était probable que le demandeur soit particulièrement bien informé et sur lesquelles celui-ci devait être entendu parce que, par exemple, elles le concernaient personnellement ou concernaient ses activités—L'omission de communiquer le rapport ne constituait donc pas une violation du contenu minimal de l'obligation d'agir équitablement applicable dans ce contexte de prise de décision—Ces renseignements ne constituaient pas de la «preuve extrinsèque»—En ce qui concerne la deuxième question litigieuse, l'agent de révision

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ne faisait que donner son avis: il ne tranchait pas une question juridique—En outre, l'avis ne liait pas l'agent de l'immigration et il ne pouvait pas influencer sur la validité de sa décision—En ce qui concerne la troisième question litigieuse, le fait que l'agent de révision ait exprimé un point de vue peut-être douteux et qu'un tel point de vue ait constitué l'un des fondements, parmi plusieurs autres, d'un avis sur l'appréciation du danger auquel le demandeur serait susceptible d'être exposé et non une décision juridique, n'est pas suffisant en soi pour invalider la décision de l'agent de l'immigration—En ce qui concerne la quatrième question litigieuse, l'agent de révision ne faisait que donner son avis en ce qui concerne le danger auquel le demandeur serait susceptible d'être exposé s'il retournait en Roumanie—L'existence de modifications projetées de la loi laisse entrevoir une attitude moins hostile à l'égard des objecteurs de conscience pour des motifs religieux et tend à faire diminuer le danger de persécution auquel le demandeur est susceptible d'être exposé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

COJOCAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2499-97, juge Evans, ordonnance en date du 21-1-99, 10 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concluant que les demandeurs s'étaient désistés de leur revendication—Les demandeurs sont citoyens du Chili—L'audition de leur revendication du statut de réfugié, initialement prévue pour le 23 juin 1997, a été reportée au 20 janvier 1998 en raison de la maladie et de l'état d'extrême angoisse du principal demandeur—Les demandeurs ont pris plusieurs mesures dont on pourrait conclure qu'ils avaient pleinement l'intention de poursuivre leur revendication—Le principal demandeur souffre de névrose post-traumatique, comme en témoigne l'évaluation psychologique faite par un psychologue clinicien et confirmée par un psychiatre—Pour juger si les demandeurs avaient ou non l'intention de poursuivre leurs revendications, la Commission n'a pas pris en compte tous les éléments de preuve produits, ce qui constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire—La Commission est investie par l'art. 69.1(6) de la Loi sur l'immigration du pouvoir discrétionnaire de se fonder sur les preuves produites pour ne pas conclure au désistement—La preuve médicale administrée n'a pas été contestée—La Commission n'a jamais exprimé aucune réserve sur la crédibilité des demandeurs—La Commission a entravé l'exercice de ses propres pouvoirs discrétionnaires et, de ce fait, a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Décision annulée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

ALEGRIA-RAMOS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1195-98, juge Dubé, ordonnance en date du 25-1-99, 4 p.)



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR selon laquelle le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention— Crainte de persécution à l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration—Les questions litigieuses concernent l'interprétation de l'art. 2(3) de la Loi et la question de savoir si la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, dans *Arguello-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 28 Imm. L.R. (2d) 130 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), a établi un critère additionnel selon lequel «la persécution antérieure doit avoir laissé des séquelles psychologiques permanentes»—Le demandeur a quitté le Salvador en 1979 après avoir été battu, brûlé, torturé, violé, atteint par des coups de feu et laissé pour mort—Il a vécu aux États-Unis pendant sept ans, puis il est arrivé au Canada en 1987, où il a revendiqué le statut de réfugié—Il a commis des infractions liées à la consommation excessive de drogue et d'alcool en 1991 et en 1993—On l'a conduit dans un hôpital psychiatrique pour y être évalué—Par la suite, il a commencé à suivre une thérapie pour mettre fin à sa dépendance—En avril 1996, il a été sauvagement battu, ce qui lui a causé des blessures graves au cerveau et une incapacité mentale—Le médecin a conclu que les symptômes du demandeur étaient compatibles avec le syndrome de stress post-traumatique—En novembre 1997, un psychiatre a conclu que le demandeur souffrait de démence consécutive à une blessure à la tête et que sa consommation de drogue et d'alcool constituait l'une des causes possibles de son état—Il a conclu que le demandeur pouvait avoir souffert du syndrome de stress post-traumatique après avoir été torturé en 1979—La Commission a jugé que, bien que le demandeur ait été battu, torturé, brûlé, violé, atteint par des coups de feu et laissé pour mort, la situation du pays avait changé de façon radicale depuis 1979—La Commission a décidé qu'il n'avait pas été établi que les souffrances manifestes du requérant étaient dues à des séquelles permanentes d'actes de persécution antérieure—Demande accueillie—L'arrêt de principe concernant l'interprétation de l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration est l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.): on ne saurait s'attendre qu'une personne qui a été victime de formes atroces de persécution accepte le rapatriement lors même qu'elle n'aurait plus aucune raison de craindre une nouvelle persécution due aux changements fondamentaux qui se sont produits dans son pays d'origine—Toutefois, la jurisprudence ne propose pas un critère supplémentaire consistant en l'existence de séquelles psychologiques permanentes—Dans *Arguello-Garcia*, le juge de première instance a dit qu'en se fondant «uniquement sur des facteurs objectifs», il aurait conclu que le revendicateur souffrait suffisamment pour justifier l'application de l'art. 2(3), et la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

preuve du syndrome de stress post-traumatique a simplement renforcé sa conclusion—La Commission n'a pas tranché la question de savoir si le demandeur pouvait bénéficier de l'exception prévue par l'art. 2(3)—Il est inopportun de dicter à la SSR le résultat auquel elle devrait parvenir parce qu'une question de fait se pose et ne peut être tranchée que par la Commission, soit celle de savoir si le cas du demandeur fait partie des situations exceptionnelles visées par l'art. 2(3) de la Loi—La Commission a semblé avoir centré son attention sur la question de savoir si les problèmes dont le demandeur souffre actuellement sont des «séquelles de sa persécution antérieure»—La Commission a tenu pour établi que le demandeur avait été battu, brûlé, torturé, violé, atteint par des coups de feu et laissé pour mort, mais elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si les actes de persécution étaient assez épouvantables et atroces pour justifier l'application de l'art. 2(3)—Il est clair qu'elle a ainsi commis une erreur de droit—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

JIMINEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1718-98, juge Rouleau, ordonnance en date du 25/1/99, 17 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire (brefs de *certiorari* et de *mandamus*) d'une décision d'un agent des visas de rejeter la demande de résidence permanente au Canada dans laquelle la demanderesse se fonde sur la catégorie des travailleurs autonomes en tant que concédante de presses à imprimer—La demanderesse, une citoyenne de Jordanie, sollicite également un jugement déclaratoire portant que c'est à tort que l'agent des visas a rejeté sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Le mari de la demanderesse, qui a deux femmes, a obtenu le droit d'établissement au Canada avec les trois enfants de la demanderesse—Les enfants vivent avec le mari de la demanderesse et la première femme de celui-ci—La demanderesse affirme que l'agent des visas a commis une erreur en accordant trop d'importance à son manque d'expérience de la pratique des affaires, en concluant qu'elle ne répondait pas à la définition de travailleuse autonome et en tenant compte de facteurs non pertinents, comme le fait qu'elle était la seconde femme de son mari—Elle reproche également à l'agent des visas de ne pas avoir agi avec équité envers elle—Demande rejetée—Tel qu'il ressort à l'évidence de sa décision, l'agent n'a pas uniquement tenu compte du manque d'expérience de la pratique des affaires de la demanderesse en tant que travailleuse autonome—Il a examiné la demande à la lumière de raisons d'ordre humanitaire—Vu la nature commerciale de l'entreprise (la demanderesse a l'intention de créer et d'exploiter une imprimerie en Nouvelle-Écosse), l'agent des visas n'a pas accordé trop d'importance au manque d'expérience de la pratique des affaires de la demanderesse—Qui

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

plus est, la Cour n'interviendra pas lorsque l'agent des visas a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi et en conformité avec les principes de justice naturelle et qu'il n'a pas tenu compte de facteurs non pertinents—À ce propos, la question de la situation de famille a été soulevée par la demanderesse et, en principe, l'agent des visas peut vérifier si l'admission au Canada de personnes ayant contracté un mariage bigame ou polygame irait à l'encontre de la Loi sur l'immigration ou des lois du Canada—Quoi qu'il en soit, la situation de famille de la demanderesse n'a pas joué un rôle déterminant dans la décision de l'agent de rejeter sa demande.

AWWAD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1003-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-1-99, 12 p.)

Demande en vue d'obtenir une ordonnance annulant le rejet par un agent des visas d'une demande de statut d'immigrant reçu—Le demandeur a demandé le droit d'établissement au Canada en tant que travailleur professionnel (chimiste des textiles)—Pour apprécier le facteur demande dans la profession, l'agent des visas a conclu que le demandeur avait obtenu un baccalauréat décerné par une université du Bangladesh après deux années d'études, alors que, selon la Classification nationale des professions (CNP) et pour l'appréciation du facteur demande dans la profession, un baccalauréat comporte au moins trois années d'études à temps plein—Demande accueillie—Le texte des critères qui doivent être pris en considération sous le facteur études à l'annexe I du Règlement sur l'immigration de 1978 mentionne un diplôme universitaire de premier cycle «comportant au moins trois ans d'études à temps plein»—Cette précision donne à penser que les diplômes universitaires de premier cycle ne comportent pas tous trois ans d'études à temps plein—De plus, «trois ans d'études à temps plein» au Canada représentent trois périodes de huit mois, entrecoupées de périodes de quatre mois—Par ailleurs, bien que le renvoi à la CNP sous le facteur demande dans la profession ne constitue qu'un renvoi indirect à un baccalauréat, le facteur études et formation de l'annexe I du Règlement renvoie directement à «un diplôme d'études universitaires au niveau du baccalauréat» et non à «un diplôme universitaire de premier cycle, comportant au moins trois ans d'études à temps plein» comme sous la rubrique études—Lorsque des rédacteurs emploient des termes différents dans un même document législatif, on présume habituellement que les deux formulations différentes ont leur raison d'être et ne sont pas censées avoir la même signification—Le texte de l'annexe I du Règlement donne l'impression que, quel que puisse être le diplôme équivalent d'un diplôme canadien, cet équivalent ne dépend pas du nombre d'années d'études requises pour obtenir ce diplôme—Sans une déclaration expresse en ce sens, on ne saurait présumer que lorsqu'un baccalauréat est une condition d'accès à une profession donnée d'après la CNP, cette condition est

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

remplie, pour les fins de l'annexe I, uniquement par l'obtention d'un diplôme comportant au moins trois ans d'études à temps plein—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, annexe I.

AZIM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4064-98, juge Reed, ordonnance en date du 26-1-99, 9 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Déclaration réclamant à la défenderesse des dommages-intérêts pour rupture présumée de contrat ou de garantie collatérale ou pour responsabilité délictuelle présumée de préposés de Sa Majesté, à la suite de la présentation par la demanderesse d'une soumission en réponse à un appel d'offres pour des locaux loués—La défenderesse a présenté une requête en jugement sommaire—En 1988, le ministère des Travaux publics (le MTP) a institué un appel d'offres pour la location de locaux dans un immeuble dans la grande région d'Ottawa-Hull—La demanderesse allègue que la requérante, par l'intermédiaire de son représentant, a signalé qu'elle conclurait certainement un bail pour des locaux avec une compagnie qui a soumis une proposition satisfaisant aux Normes relatives aux locaux loués et qu'il s'agissait d'une véritable invitation en vue d'obtenir des soumissions—La demanderesse allègue que sa proposition a été la proposition gagnante parce qu'elle satisfaisait aux exigences des Normes relatives aux locaux loués au coût global minimum—La défenderesse a annulé le projet de soumission, avant d'amorcer des négociations pour reconduire le bail des locaux qu'elle occupait à l'époque—1) Une question préliminaire a été soulevée quant à l'admissibilité d'un document qui émanait de la défenderesse, mais auquel la défenderesse s'était opposée lorsqu'il avait été présenté précédemment au cours du contre-interrogatoire du souscripteur d'un affidavit en faveur de la défenderesse, opposition qui était fondée sur une revendication de privilège en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada—La demanderesse soutient que le fait de décider que le document n'est pas admissible l'empêchera de signifier une demande de reconnaissance conformément à la règle 255 des Règles de la Cour fédérale (1998) et d'entamer une contestation conformément à la Charte canadienne des droits et libertés, qui, prétend-elle, devrait avoir lieu à l'étape de l'interrogatoire préalable—Les circonstances de l'espèce ne se comparent pas à celles de l'affaire *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293, où la Cour d'appel a refusé d'admettre qu'un certificat prévu à l'art. 39 interdisait la production de renseignements provenant d'un document du Conseil du Trésor auquel le certificat se rapportait—Dans l'affaire *Best*, le document avait été présenté à l'interrogatoire préliminaire par la défenderesse, la Couronne elle-

## COURONNE—Suite

même, sans opposition et sans revendication de privilège—En l'espèce, le document, tout en émanant de la Couronne, n'a pas été produit par la défenderesse, et l'opposition à sa production par la demanderesse a été continuelle, mais en contre-interrogatoire et lorsque la question a été soulevée à l'audition de la requête—Le fait que le certificat ait été déposé après que la question eut été soulevée à l'audience ne réduit pas la valeur de la revendication de privilège—Cette revendication est attestée en conformité avec l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada avant que n'ait été rendue la décision d'admettre ou d'examiner le document en question, après l'audience mais avant la décision relative à cette question pendant qu'elle était en suspens—Conformément à l'art. 39(1), il est interdit à la Cour d'examiner le document ou de tenir une audition au sujet des renseignements qu'il contient—Le document ne peut pas être admis—2) Il s'agit de savoir s'il y a une véritable question à trancher—Selon la règle 215 des Règles de la Cour fédérale (1998), le défendeur dans le cadre d'une requête en jugement sommaire a l'obligation d'établir les faits, par affidavit, pour montrer qu'il y a une véritable question à trancher—Les principes applicables lors de l'examen d'une requête en jugement sommaire sont énoncés dans la décision *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.): en l'absence de toute question de crédibilité, en vertu de la règle 216(3) de la Cour, celle-ci doit examiner et déterminer les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit si c'est possible à partir de l'ensemble de la preuve présentée—Cette responsabilité distingue le rôle du juge de la Cour fédérale qui traite une requête en jugement sommaire du rôle de son homologue qui examine une requête similaire en vertu de la règle 20 des Règles de procédure civile de l'Ontario—La responsabilité sous le régime de la règle de l'Ontario ne va pas jusqu'à établir «si elle [la Cour] parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit»—

i) Aucun élément de preuve ne vient étayer la réclamation de la demanderesse pour rupture de contrat—Dans son exposé des faits et du droit, elle fait valoir que, comme sa soumission satisfaisait à toutes les spécifications requises par la proposition de bail au prix le plus bas, elle créait un contrat de bail exécutoire comme dans l'affaire *Canada Square Corp. v. Versafood Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 250 (C.A.)—Il faut établir une distinction avec cette affaire parce qu'elle ne portait pas sur un appel d'offres en vue de la conclusion d'un bail mais sur une entente en vue de la location d'un espace bien déterminé—La défenderesse affirme que le MTP n'a jamais conclu que la soumission de la demanderesse était «la proposition gagnante» comme il est allégué dans la déclaration, ou que le prix proposé par la demanderesse était le plus bas—Elle avance plutôt qu'au moment de l'annulation du projet, l'évaluation des soumissions présentées par des promoteurs qualifiés n'était pas terminée—Elle savait au moment de l'annulation du projet que la soumission de la demanderesse figurait parmi les trois

## COURONNE—Suite

ou quatre plus basses—L'annonce invitant les parties intéressées à la rencontre de décembre 1988 mentionnait précisément: «La plus basse ou n'importe quelle soumission non nécessairement acceptée», et les instructions soumissionnaires comprenaient la disposition suivante: «Le prix le plus bas ou tout autre prix au mètre carré auquel tout local est offert ne sera pas nécessairement accepté»—Une distinction est faite avec la décision rendue dans *Martel Building Ltd. c. Canada*, [1998] 4 C.F. 300 (C.A.) car, dans le cas présent, il n'y a pas de preuve contradictoire qui vienne appuyer la prétention de demanderesse selon laquelle sa soumission était la plus basse—Mais même si la soumission de la demanderesse était la plus basse, il n'existe aucune obligation de conclure un contrat, si l'on tient compte du déni précis d'une telle obligation dans les documents communiqués aux soumissionnaires éventuels—

ii) La garantie alléguée se fonde sur la réponse positive donnée verbalement par le représentant de la Couronne lorsqu'on lui a demandé si cette proposition serait accordée à quelqu'un—L'intention nécessaire pour qu'une partie considère de façon sérieuse ce qui est présenté comme une promesse est minée si la garantie alléguée contredit les termes précis d'un contrat ou d'une offre—Toute déclaration qui contredit les termes précis figurant dans la proposition de bail ne peut pas constituer une garantie collatérale, tout particulièrement dans des circonstances où l'annonce de l'appel d'offres et les observations faites lors de la réunion de décembre signalaient que l'acceptation de toute soumission exigeait en dernier lieu l'approbation du Conseil du Trésor—

iii) Aucune réclamation en responsabilité délictuelle pour négociations de mauvaise foi n'est encore établie comme l'une des réclamations reconnues en droit—

iv) Une action en responsabilité délictuelle ne peut pas être maintenue contre la Couronne lorsqu'elle a pris naissance à la suite d'une décision de politique du gouvernement—

v) Dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, la Cour suprême du Canada a établi une distinction entre les décisions de politique et les décisions opérationnelles, en faisant remarquer que les véritables décisions de politique devraient être à l'abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques, et en déclarant de façon générale que les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique—La seule preuve portée à la connaissance de la Cour est celle fournie par l'affidavit qui dit que la décision a été prise afin d'annuler le projet, décision confirmée par les documents budgétaires déposés à la Chambre des communes et suivie de la décision de renégocier le bail des locaux déjà occupés—Bien que la demanderesse allègue ne pas être d'accord avec le gouvernement pour décrire la décision comme ayant été faite pour des raisons de restriction, il n'y a aucun élément de preuve à partir duquel la Cour puisse sérieusement mettre la décision en question—

**COURONNE—Suite**

L'annulation du plan en vue de louer de nouveaux locaux pour le ministère des Transports était manifestement une décision de politique qui ne donne naissance à aucune réclamation en responsabilité délictuelle contre la Couronne en vertu de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Les réclamations de la demanderesse en responsabilité délictuelle sont également écartées en raison de l'application de l'art. 7(1) de la Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public de l'Ontario, qui interdit d'intenter une action six mois après que la cause d'action a pris naissance—L'action a été intentée six ans après la décision et l'acte qui auraient donné naissance à la réclamation—Aucune des réclamations de la demanderesse ne divulgue de véritable question de fait à trancher—Requête accueillie—Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P. 38, art. 7(1)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F))—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 215, 216, 255—Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, Règle 20.

BOURQUE, PIERRE & FILS LTÉE C. CANADA (T-1-95, juge MacKay, ordonnance en date du 20-1-99, 26 p.)

Action réclamant un jugement déclaratoire attestant que les sommes payables à la Couronne, en vertu de la clause 18 d'une convention (Convention sur la zone prouvée) conclue entre la Couronne et la Imperial Oil Ltd. en juillet 1944, sont des redevances au sens de la Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (l'entente relative aux Dénés du Sahtu)—Aux termes de cette entente, la Couronne s'engage à payer un pourcentage des redevances sur les ressources qu'elle touche pour l'année—La clause 18 de la Convention sur la zone prouvée prévoit que la Couronne touche chaque année une somme représentant 33 1/3 % du prix total à la tête du puits de tout le pétrole et le gaz naturel produits, récoltés et vendus dans la zone prouvée—La défenderesse a refusé de payer des redevances sur ces sommes en alléguant qu'aux termes de la convention sur la zone prouvée, elle est propriétaire du tiers et Imperial Oil Ltd. est propriétaire des deux tiers de la production; que la zone prouvée est exploitée comme une unité pour la production de pétrole et de gaz naturel par Imperial Oil en son nom et au nom de la Couronne; et que les versements en question ne constituent pas des redevances au sens de l'entente relative aux Dénés du Sahtu—En appliquant la définition donnée par le juge en chef adjoint Jerome dans une décision préliminaire (1997), 133 F.T.R. 203 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), les «redevances» au sens de l'entente relative aux Dénés du Sahtu doivent réunir les cinq critères suivants: il doit s'agir de «tout versement, en espèces ou en nature»; le versement doit «se rapporter à la production d'une ressource»; la ressource doit être extraite dans une zone déterminée; le versement doit être «payé ou payable au gouvernement à titre de propriétaire de la ressource»; et le

**COURONNE—Fin**

versement ne doit pas se rapporter «à la prestation d'un service, à la délivrance d'un droit ou d'une participation ou à l'octroi d'une approbation ou d'une autorisation»—La Cour doit déterminer si les versements se rapportent à la production d'une ressource et s'ils sont payés ou payables au gouvernement à titre de propriétaire de la ressource—La production d'une ressource doit signifier plus que la simple ressource; cela comprend une multitude de procédés, notamment la prospection, le forage, l'extraction et l'entreposage du produit, de même que les procédés utilisés pour extraire les minéraux du gisement: juge en chef adjoint Jerome dans les motifs de son ordonnance (précitée)—L'utilisation des mots «tout versement» indique clairement que l'entente relative aux Dénés du Sahtu entendait donner une large portée à la définition du terme «redevance»—Puisque la «production» est une condition préalable nécessaire au «versement», les mots «se rapportant» doivent être interprétés de la façon la plus large possible—La conclusion du juge Jerome indiquant que le terme «redevance» fait référence au gouvernement à titre de propriétaire du terrain, par opposition à propriétaire de la ressource, n'est pas conforme à l'interprétation littérale de la définition du terme «redevance» qu'il a jugée ne pas être ambiguë—Les parties et la Cour sont liées par l'ordonnance quant à la non-ambiguïté du terme «redevance» défini dans l'entente relative aux Dénés du Sahtu, mais la Cour n'est pas liée par les motifs de l'ordonnance—Il ne peut être interjeté appel des motifs d'ordonnances ou de jugements—La C.A.F. n'a aucune compétence pour entendre un appel concernant les motifs d'un jugement: *Carlisle c. Canada* (1993), 161 N.R. 139 (C.A.F.)—Si la défenderesse avait l'intention d'exclure les versements annuels en question de l'expression générale «tout versement», elle aurait dû le dire—Bien que la définition exclue clairement «tout versement relatif à la prestation d'un service, à la délivrance d'un droit ou d'une participation ou à l'octroi d'une approbation ou d'une autorisation», elle ne dit rien concernant les versements annuels payés ou payables au gouvernement par Imperial Oil—La Cour déclare que les montants payables à la défenderesse aux termes de la clause 18 de la Convention sur la zone prouvée sont des redevances sur les ressources décrites à la clause 10.1.1 de l'entente relative aux Dénés du Sahtu.

SAHTU SECRETARIAT INC. C. CANADA (T-1033-95, juge Dubé, jugement en date du 12-1-99, 14 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LES DOUANES**

Appel et appel incident de la décision du TCCE quant à la valeur transactionnelle d'articles importés au Canada—En vertu de la Loi sur les douanes, des droits sont imposés sur les marchandises selon un certain pourcentage, ces droits

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

étant calculés par l'application du taux à une valeur déterminée conformément aux art. 45 à 55—La valeur en douane des marchandises se fonde sur leur valeur transactionnelle qui est le prix payé ou à payer pour les marchandises vendues pour exportation au Canada; ledit prix étant ajusté de la façon mentionnée à l'art. 48(5)—L'intimée acquiert les marchandises au moyen d'un système de commandes qui est contrôlé par la société mère américaine, cette dernière contrôlant également la sélection de marchandises disponibles et les prix de ces marchandises—Lorsque les marchandises sont prêtes à être expédiées, la filiale située à Hong Kong de la même société mère est facturée à leur égard puis, elle facture la société mère, qui de son côté facture l'intimée—Le montant facturé comprend une majoration à l'égard des services ainsi qu'un profit—La filiale de Hong Kong et la société mère acquièrent toutes les deux le titre relatif aux marchandises avant que ce titre soit transféré à l'intimée—Les marchandises sont expédiées directement à l'intimée—Les produits importés comprennent des marchandises portant les marques de commerce du concédant de licence X ainsi que les marques de commerce d'un groupe désigné sous le nom de concédants de licences maîtresses—L'intimée est tenue de verser des redevances au concédant de licence X, lesquelles correspondent à un pourcentage déterminé de la valeur nette facturée pour les marchandises vendues à des clients au Canada—De plus, l'intimée rembourse à la société mère les droits versés aux concédants de licences maîtresses pour l'obtention de la concession de licences—En déterminant la valeur transactionnelle, le SMRN a pris la position selon laquelle les sommes versées au concédant de licence X étaient des redevances qui devaient être ajoutées au prix payé ou à payer pour les marchandises étant donné qu'elles étaient acquittées par l'intimée directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada—En ce qui concerne le remboursement des droits de licence, le SMRN s'est fondé sur la dernière vente conclue entre la société mère et l'intimée pour déterminer la valeur transactionnelle—Appel accueilli en partie; appel incident rejeté—1) Les redevances versées au concédant de licence X sont-elles des redevances au sens de l'art. 48(5)a)(iv)?—Il faut satisfaire à trois critères pour que les paiements versés aux concédants de licences soient ajoutés au prix: i) les paiements doivent être des redevances ou des droits de licence; ii) ils doivent être relatifs (*«in respect of»* dans la version anglaise) aux marchandises ainsi exportées; iii) ils doivent être acquittés directement ou indirectement en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada—Seul le troisième critère prête à controverse—L'art. 48(5)a)(iv) n'exige pas que les redevances soient versées au vendeur puisque: (i) le prix payé ou à payer pour les marchandises à exporter comprend déjà tous les versements effectués directement ou indirectement au vendeur ou à son profit; par conséquent, les paiements additionnels qui sont acquittés en vertu de l'art. 48(5)a)(iv)

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

doivent nécessairement se rapporter à des paiements versés à d'autres personnes; les montants qui doivent être ajoutés au prix de vente montrent que les paiements versés à des tiers font partie de la valeur transactionnelle—Le paiement d'une redevance n'est pas toujours passible de droits de douane en vertu de la Loi—La valeur en douane est la valeur transactionnelle des marchandises importées qui est le prix payé ou à payer par l'acheteur, ajusté de façon à y ajouter certains montants—Les redevances payées à l'égard des marchandises importées doivent être ajoutées au prix d'achat uniquement lorsque leur paiement est une condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada (art. 48(5)a)(iv))—Ces mots exigent plus qu'un simple lien entre les redevances et les marchandises importées (comme en font foi les mots «relatifs aux marchandises», renvoyant au deuxième critère)—Les redevances doivent être acquittées à l'égard des marchandises importées—Le paiement de redevances conformément à l'art. 48(5)a)(iv) est une condition de la vente de marchandises dans les cas suivants: c'est ce qui ressort du contrat de vente conclu entre le vendeur et l'importateur; le concédant de licence ou le vendeur peut empêcher l'importation des marchandises par l'acheteur ou compromettre sérieusement la capacité de l'acheteur d'acheter les marchandises pour exportation dans les cas où il n'a pas payé les redevances—Comme le libellé de l'art. 48(5)a)(iv) ne parle pas d'une «condition du contrat de vente», il n'est pas nécessaire que le paiement de redevances soit stipulé dans le contrat de vente—Le mot «condition», au sens de la Loi, veut dire que les redevances doivent être acquittées en tant que condition ou en tant qu'exigence de l'exportation des marchandises—La condition est remplie lorsque la possibilité de pareil contrôle existe même si l'on n'y a pas recours pour assurer le paiement des redevances—Les mots «directement ou indirectement» se rapportent au paiement effectué par l'acheteur et sont destinés à s'appliquer aux cas de paiement indirect comme celui où l'acheteur obtient une réduction de prix sur une importation existante comme mode de paiement d'un montant que lui doit le vendeur, ou celui où l'acheteur paie en totalité ou en partie un montant dû par le vendeur—Le concédant de licence X n'exerçait sur le fabricant aucun contrôle lui permettant d'empêcher l'importation des marchandises par l'intimée—Les redevances versées au concédant de licence X n'étaient pas des paiements effectués en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada au sens de l'art. 48(5)a)(iv)—Cette partie de l'appel est rejetée—2) Le remboursement que l'intimée a effectué à la société mère à l'égard des redevances que cette dernière était tenue de verser aux concédants de licences maîtresses doit-il être inclus dans la valeur transactionnelle des marchandises importées?—Le Tribunal a conclu que le remboursement à la société mère des redevances que cette dernière avait versées aux concédants de licences maîtresses était des redevances indirectes—Il a en outre conclu que les conditions fixées à l'art. 48(5)a)(iv)

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

et (v) n'étaient pas remplies parce que la valeur des redevances indirectes n'est pas revenue à Mattel, le vendeur des marchandises—Le Tribunal a commis une erreur tant en interprétant qu'en appliquant l'art. 48(5)a(v)—L'art. 48(5)a(v) exige que la valeur du produit d'une revente des marchandises importées qui revient, directement ou indirectement, au vendeur, soit ajoutée au prix payé ou à payer—Le paiement des redevances revient au vendeur des marchandises parce que la société mère qui, en sa qualité de vendeur des marchandises importées à l'intimée, est par contrat la débitrice des concédants de licences maîtresses à l'égard des redevances—La société mère était légalement tenue de verser les redevances aux concédants de licences maîtresses—Le paiement indirect des redevances par l'intimée aux concédants de licences maîtresses, au moyen de leur remboursement à la société mère, est revenu à la société mère en ce sens qu'en fin de compte c'est elle qui a acquitté la dette que le vendeur avait envers les concédants de licences maîtresses et qui l'a éteinte—Le second moyen d'appel est fondé; l'appel devrait être accueilli en ce qui concerne les redevances que l'intimée a indirectement versées aux concédants de licences maîtresses—3) Appel incident: laquelle des trois ventes aurait-on dû utiliser pour déterminer la valeur transactionnelle des marchandises importées par l'intimée?—En vertu de l'art. 49(5), lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la valeur en douane de marchandises vendues pour exportation conformément aux principes établis à l'art. 48, et lorsqu'il existe plusieurs valeurs transactionnelles afférentes à des marchandises identiques, la valeur en douane des marchandises, à condition que certaines exigences soient satisfaites, se fonde sur la moindre de ces valeurs transactionnelles—L'art. 50 se rapporte à la détermination de la valeur en douane de marchandises dans les cas où elle n'est pas déterminée par l'application de l'art. 48 ou 49—En pareil cas, la valeur en douane des marchandises est la valeur transactionnelle de marchandises semblables vendues pour exportation au Canada—Un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que cette règle puisse s'appliquer—Les art. 49(5) et 50(2) ne s'appliquent pas en l'espèce étant donné que les transactions comportaient la vente et la revente des mêmes marchandises plutôt que des ventes multiples de marchandises semblables—L'art. 48(4) prévoit que la valeur transactionnelle est le prix payé ou à payer pour les marchandises vendues pour exportation au Canada—En vertu de l'art. 45(1), l'expression «prix payé ou à payer» est définie comme se rapportant aux versements effectués par l'acheteur au vendeur ou à son profit, en paiement des marchandises—L'intimée était l'acheteur et la société mère le vendeur—C'est donc cette vente qui permet de déterminer le prix payé par l'acheteur—La jurisprudence américaine se rapportant à la règle de la moindre valeur transactionnelle va à l'encontre de l'intention du législateur canadien telle qu'elle est exprimée dans la Loi—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 44, 45 (mod. par

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

L.C. 1995, ch. 41, art. 17), 46, 47, 48 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 71; 1995, ch. 41, art. 18), 50.

SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. MATTEL CANADA INC. (A-291-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-1-99, 30 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Contrôle judiciaire de la décision fondée sur l'art. 49 de la Loi canadienne sur les droits de la personne par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne sollicite le président du Comité de constituer un tribunal pour enquêter sur les volets de la plainte relatifs aux art. 7 et 11—L'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) a déposé une plainte auprès de la Commission en alléguant que le ministre du Personnel du demandeur pratiquait, en contravention aux art. 7, 10 et 11, de la discrimination entre les employés appartenant aux groupes et aux sous-groupes à prédominance féminine et les employés appartenant aux groupes et aux sous-groupes à prédominance masculine relativement à leur classification et à leur rémunération—Le personnel de la Commission a fait parvenir au demandeur le rapport de la procédure de conciliation dans lequel on recommande à la Commission de renvoyer à un tribunal les allégations fondées sur les art. 7 et 11 afin qu'il statue sur celles-ci et de poursuivre l'enquête en ce qui concerne l'art. 10—Demande rejetée—1) Compte tenu de la Loi, il était loisible à la Commission de renvoyer deux allégations d'actes discriminatoires à un tribunal pendant qu'elle poursuivait son enquête sur une troisième allégation—Souscrire à la position du demandeur serait faire triompher la forme sur le fond—La commodité administrative de la réunion sur une seule formule de plainte des allégations relatives à trois actes discriminatoires distincts ne peut constituer une détermination quant à la façon dont la Commission choisit de traiter ces allégations distinctes par la suite—La Commission pouvait traiter chacun des actes discriminatoires allégués d'une manière différente—Compte tenu de la Loi, la Commission, à l'instar d'autres tribunaux administratifs, est maître de sa propre procédure—2) La Commission ne manque pas à son obligation d'agir équitablement en renvoyant une partie de la plainte pour instruction par un tribunal pendant qu'elle poursuit son enquête sur d'autres parties de la plainte—Les trois volets distincts de la plainte nécessitent chacun un examen différent—Il ne s'agit pas d'un cas où la même plainte est à la fois l'objet d'une enquête et d'un renvoi au tribunal—Le rôle et la compétence de la Commission sont sensiblement différents suivant qu'ils ont trait au volet de la plainte relatif à l'art. 10, ou aux volets de la plainte relatifs aux art. 7 et 11 dont est saisi le tribunal—Le simple fait de traiter différents volets de la plainte de cette manière ne donne pas lieu, à lui seul, à une violation de l'obligation d'agir équitablement; le même principe s'appliquerait si les défendeurs avaient présenté

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

trois plaintes distinctes dont seulement deux avaient été renvoyées au tribunal pour qu'il statue sur elles—Le demandeur a exprimé des préoccupations sur le fait que la Commission puisse exercer «d'importants pouvoirs de coercition» contre le demandeur, pouvoirs dont elle ne jouit pas devant un tribunal, mais, comme rien ne prouve que la Commission a exercé ou exercera ces pouvoirs de coercition, la demande sur ce point est prématurée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 11.

TERRITOIRES DU NORD-OUEST C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (T-1305-97, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 13-1-99, 12 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****COMPÉTENCE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par un arbitre au sujet de griefs renvoyés à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP)—L'arbitre a rejeté les griefs pour défaut de compétence, invoquant l'art. 91(1) de la LRTFP qui exclut la compétence de l'arbitre lorsqu'il existe d'autres «recours administratifs de réparation»—Les infirmières demanderesse travaillent à l'unité de Clearwater du Service correctionnel du Canada et elles sont membres de l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC)—Elles ont chacune déposé un grief identique dans lequel elles allèguent avoir fait l'objet de harcèlement sexuel sur une période de deux ans et demi—Aux termes de l'art. 43.01 de la convention collective, l'employeur est tenu de garder le milieu de travail libre de tout harcèlement sexuel—L'arbitre a fondé sa décision sur le jugement *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1995] 3 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.)—Dans le jugement *Mohammed c. Canada (Conseil du Trésor)* (1998), 148 F.T.R. 260, le juge Cullen a également examiné le jugement *Chopra*, ainsi que l'arrêt *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.)—L'arbitre peut-il être compétent lorsque le grief porte sur l'application ou l'interprétation d'une disposition précise de la convention collective plutôt que sur une question isolée de discrimination?—Dans le jugement *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [1999] 1 C.F. 459 (1<sup>re</sup> inst.), le juge McGillis a souscrit au raisonnement suivi par le juge Cullen dans le jugement *Mohammed*—L'arbitre Burke a-t-il commis une erreur de droit en concluant qu'un «recours administratif de réparation» est ouvert sous le régime de la LCDP au sens de l'art. 91(1) de la LRTFP?—Il s'agit également de savoir si l'objet des griefs en cause relève de la compétence exclusive de la Commission canadienne des droits de la personne sous le régime de la LCDP, étant donné que l'art. 14 de la LCDP reconnaît le harcèlement sexuel comme motif de discrimina-

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

tion illicite et que le Tribunal des droits de la personne est investi de larges pouvoirs de réparation en vertu de l'art. 53(2) de la LCDP—Dans trois décisions importantes, la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a convenu qu'un «recours administratif de réparation» est ouvert sous le régime de la LCDP au sens de la LRTFP—Dans ces trois décisions, la Cour a estimé que ces deux dispositions législatives fédérales s'inscrivaient dans le cadre d'un seul et même régime et qu'elles s'interprétaient l'une par l'autre et s'influençaient l'une l'autre—L'objet du grief est le harcèlement sexuel visé à l'art. 43—Dans l'affaire *Boutilier*, le grief était entièrement fondé sur une allégation de discrimination au motif qu'un avantage social avait été refusé à M. Boutilier pour des raisons liées directement à son orientation sexuelle—Il n'existe aucun principe, précepte ou considération qui pourrait amener la Cour à tirer une conclusion différente de celle des juges de notre Cour qui se sont déjà penchés sur la question—Dans la mesure du possible, les affaires semblables doivent être traitées de façon semblable—La demande est rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 14, 53(2)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91(1), 92.

O'HAGAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-2510-95, juge Wetston, ordonnance en date du 11-1-99, 14 p.)

Grief de classification—Il s'agit d'un appel des griefs de classification formulés, par les appelants en 1994, conformément au Manuel du Conseil du Trésor et à la procédure du Conseil du Trésor en matière de griefs de classification—Les appelants étaient tous employés du ministère de l'Emploi et de l'Immigration comme analystes du renseignement dans la région C.-B./Yukon—Il s'agit d'un poste de niveau PM-03—Selon leur principal argument, leurs collègues de la région de l'Ontario occupant le même poste bénéficiaient de l'échelon PM-04—Le Comité des griefs de classification recommande que les postes occupés par les auteurs des griefs demeurent à l'échelon PM-03—Demande de contrôle judiciaire accueillie par le juge McKeown *Chong et al. c. Canada* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le service de la classification de l'Ontario a procédé à un audit du poste dans la région de l'Ontario—Déclassification du poste dans la région de l'Ontario de l'échelon PM-04 à celui de PM-03—Les appelants ont déposé une nouvelle demande de contrôle judiciaire fondée sur une violation des principes régissant l'équité procédurale—Demande rejetée—Peu importe que la procédure en question soit considérée comme contradictoire ou non contradictoire—Il existe en l'espèce un litige que la procédure des griefs vise à résoudre—Il est clair que cette procédure doit être menée de façon équitable—La teneur de cette obligation sera plus ou moins étendue selon la nature des intérêts affectés par la décision et la nature de la procédure en question—Comme l'a affirmé le juge Reed dans *Hale c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), le degré d'équité qui s'impose en

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

l'espèce se situe du côté d'une moindre exigence plutôt que de celui d'une norme plus contraignante—Les auteurs des griefs n'étaient pas impliqués, à juste titre d'ailleurs, dans l'examen de la classification du poste dans la région de l'Ontario—Dans la mesure où la déclassification du poste dans cette région est le fruit des griefs formulés par les appelants, et que cette déclassification a entraîné le rejet de leurs griefs, on aurait dû leur faire savoir que les fondements de la comparaison à établir avaient été radicalement modifiés et on aurait dû leur donner la possibilité d'exposer les autres arguments qu'ils étaient susceptibles d'invoquer—Le jeu n'est pas loyal lorsqu'on évacue unilatéralement une hypothèse essentielle du dossier sans donner à la partie que cela défavorise la possibilité de faire valoir d'autres motifs encore—C'est par une erreur de droit que le juge de première instance n'a pas reconnu que ce qui était en cause c'était la violation d'une exigence essentielle d'un devoir d'équité—Appel accueilli.

CHONG C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-453-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 9-2-99, 8 p.)

**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Recours en contrôle judiciaire de la décision par laquelle le comité d'appel a conclu que le jury de sélection avait à juste titre rejeté la candidature des demandeurs à un concours restreint pour la dotation de postes de vérificateur chez Revenu Canada, par ce motif qu'ils ne satisfaisaient pas aux conditions d'études prescrites pour ces postes—Les demandeurs avaient terminé avec succès un cours de comptabilité à l'université, mais n'avaient pu se faire délivrer le relevé des notes avant la clôture du processus de présélection car l'université prend environ huit semaines pour en établir un—Recours accueilli—Les demandeurs satisfaisaient en fait à toutes les conditions en matière d'études pour les postes en question, avant la clôture des concours, sauf la production du relevé des notes relatives à un cours—Puisqu'ils ont donné une explication raisonnable de la raison pour laquelle ils n'étaient pas en mesure de le produire, le comité de sélection aurait dû vérifier s'ils justifiaient des études requises au moyen d'autres documents dignes de foi—Le formalisme rigide qu'il observait à cette occasion s'est traduit par l'exclusion de deux candidats qualifiés—Le comité d'appel adoptait la même méthodologie rigide et formaliste—Il a commis une erreur faite d'avoir reconnu que le relevé de notes avait pour seule fin d'aider le comité de sélection à vérifier si le candidat justifiait des études requises d'après les critères de présélection—En y voyant une condition impérative ou absolue de présélection, il a aussi commis une erreur en ignorant la question fondamentale de fond de savoir si les demandeurs avaient les qualités requises pour les postes en question—Il a ainsi porté atteinte

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

au principe de sélection au mérite, en ce que des candidats qualifiés furent exclus des concours—Sa décision est manifestement déraisonnable.

HASSALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-615-98, juge McGillis, ordonnance en date du 4-2-99, 12 p.)

**FORCES ARMÉES**

Requête en radiation du recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle le directeur des Carrières militaires, ministère de la Défense nationale, a conclu que le demandeur était soumis au régime de libération restreinte—La Couronne conclut au rejet du recours par ce motif que le demandeur n'a pas épuisé la procédure de règlement interne des griefs de militaires—Lors de son engagement, le demandeur a signé un document en français qui stipule entre autres une période de service obligatoire après les études—Le texte anglais assujettit les pilotes à une période de service obligatoire de cinq ans peu importe la période d'études subventionnées—Cette obligation est absente du texte français—Le demandeur a obtenu son diplôme du Royal Military College de Kingston en mai 1992, et ses ailes de pilote, en mai 1994—Sa demande de libération volontaire faite en 1997 a été rejetée par ce motif qu'il était soumis au régime de libération restreinte jusqu'au 5 mai 1999—Le demandeur s'étant enquis auprès du ministère, le sous-ministre adjoint de la Défense nationale (Personnel), lui répondant le 25 novembre 1997 au nom du ministre, a refusé toute libération avant terme—La note de service militaire du 24 juillet 1997 indique que seul le directeur des Carrières militaires (QGDN) est habilité à autoriser une exception à la politique de libération restreinte—Le 28 mai 1998, le directeur des Carrières militaires (QGDN) a formellement rejeté la demande de libération du demandeur—Celui-ci ne s'est pas prévalu des voies de recours militaire—Bien que les Règles de la Cour fédérale (1998) ne prévoient pas expressément la procédure de radiation des demandes, il est possible d'invoquer la «règle des lacunes» (la règle 4) et la règle 221, qui prévoient la radiation de plaidoiries—Quand bien même il n'y aurait pas nécessairement une «lacune» dans les Règles de la Cour fédérale, il est toujours possible de radier une demande dans le cas exceptionnel où elle est irrégulière au point de n'avoir aucune chance d'être accueillie—Il échet d'examiner si le demandeur dispose d'une autre voie de droit appropriée pour la résolution de son grief par la procédure militaire de règlement des plaintes—Requête rejetée—La procédure militaire de règlement des plaintes pourrait être considérée comme dénuée de sens, car à supposer que le demandeur porte son grief à tous les paliers successifs, son dossier parviendrait au directeur des Carrières militaires, qui est la seule autorité habilitée à consentir une exception au régime de libération restreinte, puis au ministre de la Défense



**FORCES ARMÉES—Fin**

nationale, qui s'est déjà prononcé à ce sujet par la voix de son représentant—Application du précédent *Gayler c. Canada* (Directeur, Administration des carrières (PNO), Quartier général de la défense nationale), [1995] 1 C.F. 801 (1<sup>re</sup> inst.), où le juge Mackay a conclu que la procédure militaire de règlement des plaintes n'aurait aucun sens puisque la requérante n'avait pas à sa disposition une autre voie de recours appropriée—Le recours du demandeur n'est pas irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 4, 221.

LOISELLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1320-98, notaire Hargrave, ordonnance en date du 16-11-98, 11 p.)

**GRC**

Le demandeur cherchait à obtenir une indemnité de disponibilité—En tant que membre de la Direction de l'informatique, le demandeur était tenu de porter un téléavertisseur et de prendre la fourgonnette de la GRC pour rentrer chez lui de manière à être trouvé rapidement lorsque le Groupe spécial des interventions d'urgence (GSIU) devait intervenir—Le critère applicable à l'état de disponibilité est énoncé au sous-alinéa H.8.a.2. du Manuel d'administration de la GRC: un membre est en disponibilité lorsqu'il a reçu l'ordre de demeurer disponible et est en mesure d'assumer le travail immédiatement—Dans chaque cas, il s'agit de décider si les faits satisfont à ce critère et constituent, du moins implicitement, un ordre de mise en disponibilité—En décembre 1990, l'officier responsable du GSIU a donné un ordre verbal annulant l'état de disponibilité au cours d'une réunion à laquelle le demandeur n'a pas été convoqué—Le supérieur du demandeur n'a pas annulé la mise en disponibilité de ce dernier au moment même où l'ordre d'annulation a été donné par l'officier responsable du GSIU—Selon le demandeur, l'obligation de porter un téléavertisseur et l'obligation de prendre une fourgonnette de la GRC pour rentrer chez lui qui sont mentionnées dans sa description de travail doivent être envisagées comme un ordre de mise en disponibilité et donnaient droit au versement d'une indemnité de disponibilité—Demande rejetée—L'arbitre de grief de niveau II a bien compris le critère approprié: après l'annulation de l'ordre de mise en disponibilité, le demandeur n'était plus tenu de demeurer en disponibilité et, partant, lorsque le GSIU recevait un appel d'urgence, le demandeur ne répondait que s'il était libre—La description de travail du demandeur, qui l'obligeait à porter un téléavertisseur pendant ses heures libres et à prendre la fourgonnette pour rentrer chez lui, précisait qu'aucune indemnité de disponibilité n'était versée en raison de cette exigence—La décision de l'arbitre de grief au niveau II n'était pas manifestement déraisonnable, ni fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire—Même si la décision touchait le droit et les faits, ce qui commande

**GRC—Suite**

un moins haut degré de retenue, la Cour n'interviendrait pas puisque la décision contestée n'était ni déraisonnable ni manifestement erronée.

BRAMALL C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-792-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 4-2-99, 7 p.)

Demande d'arrêt de toute autre procédure de la Commission des plaintes du public contre la GRC (la CPP) relativement à des plaintes déposées contre les demandeurs à la suite des réunions de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (l'OCEAP) qui ont eu lieu à Vancouver en novembre 1997, tant que la Cour n'aura pas réglé la demande de contrôle judiciaire présentée en novembre 1998—Demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision de la CPP «de poursuivre l'audience même s'il [était] raisonnable de craindre que le président a[vait] peut-être préjugé des questions avant l'audience, et qu'il [était] donc peut-être partial»—La GRC était chargée d'assurer la sécurité à la conférence de l'OCEAP—I est allégué que la GRC a arrêté et détenu des protestataires sans motif légitime, qu'elle a mis fin sans motif raisonnable à des manifestations légitimes et qu'elle a eu recours à une force excessive—Le 20 février 1998, on a délivré un avis de décision de convoquer une audience—Gérald Morin est nommé président—La Commission est autorisée à tirer des conclusions de fait et à faire des recommandations au commissaire de la GRC, et notamment à recommander que des mesures disciplinaires soient prises contre les demandeurs—Des conclusions de fait et des recommandations défavorables peuvent avoir de graves répercussions sur la réputation et la carrière des demandeurs—Peu après le début de l'audience, un membre de la GRC a déclaré qu'il avait entendu une conversation dans laquelle le président affirmait qu'à son avis, la GRC avait eu recours à une force excessive pendant les réunions de l'OCEAP, qu'il savait quelle serait sa décision eu égard aux circonstances et qu'il savait ce que la GRC allait faire afin d'éviter la décision—Le président a fermement nié ces allégations—Les demandeurs ont présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de poursuivre l'audience—Demande d'arrêt des procédures accueillie—Compte tenu de l'affaire *Beno c. Canada* (Commission d'enquête sur la Somalie) (1996), 207 N.R. 76 (C.A.F.), la demande de contrôle judiciaire a été à juste titre présentée devant la Cour—1) La remise en question de la capacité du président de continuer à être membre du tribunal constitue une question sérieuse—Le fait qu'on a nié les allégations ne rend pas la question à trancher moins sérieuse—2) Les demandeurs risquent de subir un préjudice grave si la Commission présente un rapport défavorable—Le préjudice serait irréparable—3) La prépondérance des inconvénients favorise les demandeurs—L'intérêt public n'exige pas qu'on cause un préjudice aux demandeurs en menant à terme une audience à laquelle il pourra être mis fin parce que la Cour aura conclu qu'il existe une crainte

**GRC—Fin**

raisonnable de partialité de la part du président—L'intérêt public exige que la question de la partialité soit réglée le plus tôt possible—Il exige également que l'audience ne reprenne pas tant que la question de la partialité n'aura pas été réglée.

ADRIAANSE C. MALMO-LEVINE (T-2140-98, juge Nadon, ordonnance en date du 27-11-98, 15 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU**

Entreprise exploitée activement—Appel de la décision de la Cour de l'impôt d'accueillir l'appel de la nouvelle cotisation fiscale relativement aux années d'imposition 1984 et 1985 d'une compagnie que la compagnie défenderesse avait remplacée—Il s'agit de déterminer si un certain revenu reçu au cours des années en question par une corporation étrangère affiliée contrôlée du prédécesseur de la défenderesse constituait un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement ou s'il s'agissait d'un revenu étranger accumulé, tiré de biens du prédécesseur de la défenderesse (REAB) au sens de l'art. 95(1*b*) de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)—Action rejetée—Le revenu reçu par la filiale étrangère ne constituait pas un REAB au sens de la Loi et il n'était pas imposable à titre de revenu du prédécesseur de la défenderesse—Canada Trust Company B.V. (B.V.) était une corporation étrangère affiliée contrôlée qui appartenait en propriété exclusive à Canada Permanent et dont le siège social était situé à Amsterdam—En 1984, B.V. a touché des intérêts sur un billet à ordre de 55,5 millions de dollars américains, elle a reçu un versement au titre du billet et elle a touché des intérêts bancaires sur les sommes reçues au titre du billet qu'elle a par la suite déposées à court terme à sa banque—En 1985, elle a reçu des versements et un revenu similaires, et elle a également tiré un revenu sur les intérêts versés au titre des prêts hypothécaires (d'une valeur approximative de 18 000 000 \$) qu'elle avait achetés cette année-là à des prêteurs agréés en vertu de la Loi nationale sur l'habitation—Le MRN a établi de nouveau l'impôt dû par la défenderesse pour l'année d'imposition 1984 en partant du principe que le revenu net provenant des intérêts bancaires touchés par B.V. était un REAB, évalué à 389 543 \$, d'une filiale étrangère contrôlée d'une corporation remplacée; la cotisation de l'année d'imposition 1985 portait sur un revenu analogue provenant d'intérêts bancaires et concernait également le revenu tiré par B.V. sur les prêts hypothécaires qu'elle détenait, revenu qui était évalué à 1 802 263 \$—La première question est de savoir si, comme l'a prétendu la demanderesse, le revenu en question peut être considéré comme un REAB compte tenu de sa provenance et de la manière dont il a été gagné, et ce, même si d'autres revenus que B.V. a tirés d'autres sources sont considérés comme provenant d'une entreprise exploitée activement, ou si, comme l'a soutenu la défenderesse, c'est la nature générale des activités de B.V. qui permet de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

déterminer si celle-ci exploite ou non une entreprise activement et les revenus provenant de cette entreprise ne sont pas tous des REAB de sa société mère canadienne au sens de l'art. 95(1*b*) de la LIR—La deuxième question en litige concerne l'application temporelle du concept d'entreprise exploitée activement—Ainsi, la demanderesse soutient que, peu importe la qualification que l'on donne à l'entreprise que B.V. exploitait en 1985, on ne peut guère prétendre qu'elle exploitait une entreprise activement en 1984—En vertu des dispositions pertinentes de la Loi, il est clair que les revenus tirés d'une entreprise exploitée activement ne font pas partie du REAB—La modification apportée à la LIR en 1995 exclut expressément les «entreprise[s] de placement exploitée[s] par la corporation affiliée [...]» de la définition de l'expression «entreprise exploitée activement» par une corporation étrangère affiliée contrôlée—Compte tenu de cette modification, le revenu en litige en l'espèce constituerait maintenant un REAB—Cependant, la modification ne s'applique pas en l'espèce—Il n'y a rien à l'art. 95(1*b*) de la LIR, dans sa rédaction en vigueur à l'époque en cause, qui pourrait nous amener à considérer que le législateur fédéral voulait que le mot «entreprise» que l'on trouve à cet alinéa soit interprété autrement que largement, conformément à l'art. 248(1) de la LIR—Les activités que B.V. a exercées en 1984 et 1985 faisaient partie de ses objets, et tombaient particulièrement sous le coup des mots «faire des emprunts, prêter de l'argent et, de façon générale, conclure toutes formes d'opérations financières»—Il s'agit manifestement là d'objectifs commerciaux—Tant qu'elle respectait ces objectifs, B.V. exploitait une entreprise—Examen de l'évolution de l'expression «entreprise exploitée activement» dans la LIR et la jurisprudence pertinente—Il n'existe pas de mesure quantitative de l'activité qui permette de conclure qu'une compagnie qui exerce les activités financières prévues par les objets de ses statuts constitutifs exploite effectivement une entreprise activement—Les nouvelles cotisations établies par le ministre doivent se rapporter à la totalité des revenus de B.V. et non seulement au revenu qu'elle a tiré en 1984 et en 1985 de ses dépôts bancaires—La provenance des recettes qui viennent alimenter le revenu total de B.V. n'est pas le facteur déterminant lorsqu'il s'agit de décider si ce revenu constitue un REAB au sens de l'art. 95(1*b*) de la LIR—Cette évaluation doit tenir compte de la totalité du revenu de B.V. à la lumière des éléments de preuve concernant la nature de son entreprise (entreprise exploitée activement ou autre), considérée comme un tout—Vu l'ensemble de la preuve, B.V. exploitait une entreprise activement au cours des années 1984 et 1985—B.V. a fini par devenir un établissement bancaire solidement implanté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 95(1*b*) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 59; S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 57; S.C. 1984, ch. 45, art. 31), 248(1) «entreprise exploitée activement» (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 92).

CANADA C. CANADA TRUSCO MORTGAGE CO. (T-589-92, juge MacKay, jugement en date du 2-2-99, 33 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Pertes en capital—Appel de la décision par laquelle la Section de première instance ([1995] 1 C.F. 705) a accueilli l'appel de nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu en vertu de l'art. 40(2)g(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Un contribuable peut-il se prévaloir d'une perte en capital déductible en vertu de l'art. 40(2)g(ii) relativement aux pertes découlant d'un prêt sans intérêt qu'il a consenti à une corporation dans le but de gagner un revenu de dividendes?—Au début des années 1970, le contribuable a lancé une entreprise de consultation, d'entretien et de construction dans le domaine des champs pétrolifères, la Byram Industrial Services Ltd. (la BISL), en Alberta—Les seuls actionnaires et administrateurs de la BISL étaient le contribuable et des membres de sa famille immédiate—En 1979, le contribuable a constitué une société connue sous le nom de la Elkhound Resources Ltd. (la ERL) à des fins d'exploration et d'exploitation de gisements pétrolifères et gazifères en Alberta—En mars 1981, il a constitué la Elkhound Resources Inc. (la USCO) au Kansas—Entre le mois d'avril 1982 et l'instruction, le contribuable, son épouse et son fils étaient les seuls actionnaires de la USCO—Le contribuable était un dirigeant et membre du conseil d'administration de la USCO depuis sa constitution—En juin 1981, la USCO a acquis des droits pétroliers et gaziers au Kansas (propriété du Kansas)—Après cet achat, la USCO ne pouvait plus contracter d'autres emprunts—Le contribuable a consenti neuf prêts sans intérêts à la USCO, totalisant 336 799,15 \$, entre les mois de mars 1981 et d'octobre 1982, pour financer les activités de la société et l'exploitation de la propriété du Kansas—Dans cinq avis de nouvelle cotisation, le ministre a refusé la déduction de la perte, notamment la déduction compensant le gain en capital et les déductions réclamées pour les années d'imposition 1982 à 1986—Le contribuable s'est opposé aux nouvelles cotisations—Le juge de première instance a accueilli les appels—Le contribuable a consenti des prêts sans intérêt à la USCO dans le but de gagner un revenu sous forme de dividendes de la société—Litige concernant le mécanisme de financement des activités de la USCO—Le rendement attendu de ce prêt devait prendre la forme de dividendes—L'appelante s'est appuyée sur l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32—Celui-ci portait sur la déductibilité des intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la Loi—L'art. 20(1)c)(i) permet la déduction des intérêts lorsque l'argent est emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—L'art. 40(2)g(ii) prévoit qu'une perte en capital découlant de la disposition d'une créance est réputée nulle, à moins que la créance ait été acquise en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—Contrairement à l'alinéa 20(1)c), l'examen requis par cette disposition ne comporte qu'un volet, c'est-à-dire qu'il ne porte que sur le but dans lequel la créance a été acquise—Il serait inopportun d'appliquer à cette disposition la limite concernant l'utilisation directe ou indirecte établie dans *Bronfman*—Le libellé de l'art. 40 est clair—La question à trancher ne tient pas à l'utilisation de

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

la créance, mais au but dans lequel elle a été acquise—Il n'est pas nécessaire que le contribuable tire directement le revenu du prêt—Ce raisonnement est compatible avec la réalité commerciale—Lorsqu'ils interprètent des dispositions fiscales comme l'art. 40(2)g(ii), les tribunaux doivent tenir compte des réalités commerciales, pourvu qu'elles soient compatibles avec le texte et l'objet de ces dispositions—La perspective de toucher un revenu de dividendes ne saurait être trop éloignée—Une déduction ne peut être tellement éloignée du flux de revenu correspondant que son lien avec la perspective de revenu est, au mieux, ténu—Lorsqu'un prêt est consenti en vue de gagner un revenu sous forme de dividendes, ce lien est suffisant pour que soit remplie la condition liée au but fixée par l'art. 40(2)g(ii)—Lorsque le contribuable était actionnaire de la USCO, il était directement lié à son flux générateur de revenu—Il avait le droit de déduire une perte en capital relativement aux prêts totalisant 115 417,55 \$ consentis pendant cette période—Le lien entre les prêts et le revenu de dividendes éventuel était suffisant pour donner application à l'exclusion prévue à l'art. 40(2)g(ii)—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c), 40(2)g(ii).

BYRAM C. CANADA (A-684-94, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 25-1-99, 12 p.)

## Déductions

Pertes en capital—Appel de la décision de la CCI ((1996), 97 DTC 405) selon laquelle la contribuable n'avait pas disposé d'un bien dans des circonstances donnant lieu à une perte en capital—Est-ce qu'un contribuable peut réclamer la déduction d'une perte en capital déductible en vertu de l'art. 40(2)g(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu au titre des pertes qu'il a subies sur des garanties qu'il a données à l'égard de prêts consentis à une filiale dans le but de tirer un revenu de dividendes de cette filiale?—La contribuable est une importante compagnie ouverte canadienne dont l'entreprise principale consiste à acheter, mettre en valeur, louer et gérer des immeubles destinés au commerce de détail et des immeubles commerciaux, industriels et résidentiels, et à vendre des immeubles résidentiels—L'entreprise est exploitée par la contribuable directement et par l'intermédiaire de ses filiales—L'appel porte sur les opérations effectuées par la contribuable et par cinq de ses filiales américaines, qu'on appelle filiales CF—La contribuable a déduit 7 926 000 \$ à titre de perte en capital déductible lors de l'année d'imposition 1984; cette somme correspondait à 50 pour 100 de la somme de 15 852 000 \$ qu'elle avait payée pour retirer sa participation dans les entreprises immobilières infructueuses des filiales CF—Le MRN a refusé cette déduction au motif que les garanties n'avaient pas été consenties dans le but de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et qu'en conséquence, la perte subie était réputée nulle en vertu de l'art. 40(2)g(ii) de la Loi—Le juge de la Cour de l'impôt a décidé que la contribuable n'avait pas disposé d'un bien

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

ou n'était pas réputée avoir disposé d'un bien dans des circonstances donnant lieu à une perte en capital dans le cas de CF Prospect, CF Parkside, CF Jocelyn et CF Cleveland—Une perte en capital ne peut être déduite que lorsqu'il y a eu disposition réelle ou réputée d'un bien—Le simple fait d'effectuer un paiement de capital n'est pas suffisant pour donner lieu à une perte en capital—Si le débiteur principal ne peut rembourser sa créance subrogée au garant, la créance peut être considérée comme étant devenue «irrecouvrable»—Les circonstances de l'espèce ne sont pas suffisantes pour établir que la contribuable a acquis une créance par subrogation et qu'elle en a disposé en vertu de l'art. 50 de la Loi ou autrement—La contribuable a garanti les prêts consentis aux filiales CF—Les paiements ont été faits pour remplir une obligation stipulée dans les garanties—L'argent qui a été avancé moyennant contrepartie valable dans le but de permettre à une filiale de se retirer d'une société de personnes insatisfaisante, ne constitue pas une perte en capital sur le plan fiscal—La contribuable n'a pu acquérir de droits de subrogation en raison soit de la structure de l'opération elle-même soit de sa renonciation expresse, moyennant contrepartie valable, aux droits en question—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 40(2)g(ii), 50(1)a (mod. par L.C. 1995, ch. 21, art. 15).

CADILLAC FAIRVIEW CORP. LTD. C. CANADA (A-282-96, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 25-1-99, 23 p.)

**JUGES ET TRIBUNAUX**

Requête visant la récusation du juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la Couronne de signer l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) au nom du Canada, pour crainte raisonnable de partialité en raison des liens et affiliations politiques passés du juge, dans le Cabinet fédéral, avec une partie et un témoin potentiel, Jean Chrétien—Requête rejetée—Les liens d'amitié entre anciens collègues du Cabinet noués avec M. Chrétien remontent à plus de vingt-cinq ans—Dans *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.) (confirmé en appel, [1998] J.C.F. n° 688 (C.A.) (QL)), le juge de première instance a statué que la prétention voulant que le fait de connaître certaines personnes du gouvernement du Canada ou d'avoir été membre d'un parti politique fédéral légal ou d'avoir participé à son financement engendre une crainte raisonnable de partialité est choquante et n'a aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité—L'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, a établi qu'une association d'affaires antérieure avec un témoin dans le cadre d'une entreprise commerciale, lorsque ni le membre du tribunal, ni le témoin, ni l'entreprise n'avaient un intérêt quelconque

**JUGES ET TRIBUNAUX—Fin**

dans la question à trancher, ne peut objectivement justifier une crainte raisonnable de partialité—En l'espèce, les rapports avec M. Chrétien comme membre du Cabinet, de 1968 à 1974, n'ont absolument rien à voir avec les négociations relatives à l'AMI, commencées en 1995—Quand les juges prêtent le serment d'office, ils se coupent de leur passé et se consacrent à leur nouvelle vocation—Leur devoir est de rendre justice sans crainte et sans favoritisme.

FOGAL C. CANADA (T-790-98, juge Dubé, ordonnance en date du 21-1-99, 8 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Action en imitation frauduleuse—La demanderesse prétend que la marque de commerce et l'appellation commerciale de la défenderesse causent ou vont vraisemblablement causer de la confusion avec sa propre dénomination, qu'elle utilise comme marque de commerce ou comme appellation commerciale à l'égard de services d'assurance depuis plus de 110 ans—Action rejetée—Dans l'arrêt *Giba-Giegy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, la CSC a défini les éléments que le demandeur doit établir dans une action en imitation frauduleuse: 1) l'existence d'un achalandage relativement aux services fournis; 2) que le défendeur a fait une représentation trompeuse au public qui l'amène ou est susceptible de l'amener à croire que ses produits ou services sont ceux du demandeur; 3) qu'il est susceptible de subir des dommages—En l'espèce, la demanderesse a établi l'existence d'un achalandage relativement à sa dénomination—Toutefois, compte tenu des facteurs énumérés à l'art. 6(5) de la Loi, les éléments de preuve ne permettent pas de conclure à la vraisemblance de la confusion—Le nom de la demanderesse est très descriptif (Insurance Company) et comporte un élément géographique descriptif (Prince Edward Island)—Par conséquent, elle n'a pas droit à un degré élevé de protection et elle doit accepter le risque inévitable d'une certaine confusion—Il y a des différences importantes entre les services et les activités commerciales des parties—La demanderesse insiste sur le caractère «mutuel» d'une compagnie dont les membres sont les propriétaires et se protègent les uns les autres, qui fournit des services à des prix raisonnables, qui offre des rabais et des remises et dont l'activité principale est l'assurance-incendie destinée avant tout au monde de l'agriculture—Par contre, la défenderesse se présente comme étant une compagnie d'assurances I.A.R.D. de l'Île qui a des liens avec Charlie Cooke Insurance et dont le marché principal est l'assurance-automobile et le risque commercial—En outre, les marques sont à première vue tout à fait différentes et, quand on les examine dans leur totalité, il y a si peu de ressemblances entre elles qu'on ne saurait conclure qu'il y a vraisemblablement confusion—La présentation des mar-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

ques est également très différente—La preuve de la confusion réelle est insuffisante—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 7.

PRINCE EDWARD ISLAND MUTUAL INSURANCE C. INSURANCE CO. OF PRINCE EDWARD ISLAND (T-733-96, juge Rouleau, jugement en date du 29-1-99, 25 p.)

## ENREGISTREMENT

Appel de la décision du président de la Commission des oppositions des marques de commerce rejetant l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Vogue» en liaison avec les serrures de porte et les ferrures de porte—Dans la procédure d'opposition, l'appelante a fait valoir que la marque de l'intimée créait de la confusion avec ses magazines «Vogue» et «Vogue Decoration»; que l'intimée n'était pas la personne ayant droit à l'enregistrement du fait que sa marque créait de la confusion, à la date de la demande, avec les marques de l'appelante qui avaient été employées de telle façon qu'elles étaient devenues notoires et même célèbres au Canada—Questions à trancher: si c'est à tort que le registraire a accueilli la demande de l'intimée malgré l'opposition de l'appelante; si la marque projetée de l'intimée crée de la confusion avec la marque de l'appelante; si l'intimée a droit à l'enregistrement de la marque «Vogue» compte tenu de l'emploi antérieur, par l'appelante, des marques «Vogue» et «Vogue Decoration»—Appel accueilli—En appel des décisions de la Commission en vertu de l'art. 56 de la Loi, la Cour doit tirer sa propre conclusion sur l'exactitude de la décision de la Commission; toutefois, elle doit tenir compte de l'expérience et des connaissances particulières de la Commission et surtout prendre en considération, le cas échéant, le fait que de nouvelles preuves, dont ne disposait pas la Commission, ont été déposées devant elle: *Brasserie Labatt Ltée c. Brasseries Molson, société en nom collectif* (1996), 113 F.T.R. 39 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le fardeau de persuasion qui incombe à la requérante est d'établir qu'il n'y aurait pas de risque raisonnable de confusion entre les marques de commerce des parties à la date de la décision du registraire—Le risque de confusion s'apprécie en fonction des facteurs énumérés à l'art. 6(5) de la Loi: caractère distinctif inhérent; période d'usage des marques; genre de marchandises; nature du commerce; degré de ressemblance—En l'espèce, il ne faut examiner que le genre des marchandises et la nature du commerce, les trois autres facteurs favorisant clairement l'appelante—En ce qui concerne la nature du commerce, il est établi que le magazine de l'appelante est vendu aux consommateurs par abonnement et en kiosque—L'intimée n'a produit aucune preuve concernant la nature du commerce projeté et le monopole revendiqué n'est limité d'aucune façon—Il faut donc présumer que le monopole recherché par l'intimée inclut les produits vendus aux consommateurs par tous les réseaux commerciaux imaginables—Il n'est pas obligatoire d'accorder le même

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

poids aux critères définis à l'art. 6(5) de la Loi—Une marque forte comme celle de l'appelante a droit à une protection plus étendue—En l'absence de toute preuve de la part de l'intimée au sujet du genre de ses marchandises et du monopole revendiqué par elle, il faut présumer que tous les genres de serrures de porte et de ferrures de porte sont couverts par le monopole recherché par elle, y compris les produits de décoration haut de gamme et de bon goût du genre de ceux sur lesquels on a des chances de trouver des chroniques, de la publicité ou des articles dans les magazines de l'appelante—Il ne s'agit pas d'un cas où il y a une différence énorme dans le genre de marchandises—C'est donc à tort que le président de la Commission a conclu qu'il n'y avait pas de risque de confusion—L'intimée était tenu de choisir un nom avec soin de façon à éviter toute confusion et à ne pas donner l'impression qu'elle avait l'intention de tirer profit d'une marque déjà célèbre—Abondante jurisprudence qui donne gain de cause à une marque célèbre à l'égard de marchandises non concurrentes—La preuve de noms commerciaux comprenant la marque «Vogue» dans les annuaires téléphoniques à l'échelle du Canada peut justifier de déduire qu'un certain nombre de ces entreprises sont exploitées activement, bien qu'une telle preuve soit loin d'être déterminante en l'espèce—Cette preuve n'a pas suffisamment de poids pour limiter l'étendue de la protection à accorder à une marque forte comme «Vogue»—En l'espèce, il y a un lien entre les marchandises, particulièrement lorsque les marques sont identiques et que la marque enregistrée est une marque notoire—La requérante n'a pas limité son emploi de la marque aux produits qui ne tomberaient pas dans le domaine de protection que possède maintenant la marque «Vogue»—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-3, art. 6(5), 56.

ADVANCE MAGAZINE PUBLISHERS INC. C. MASCO BUILDING PRODUCTS CORP. (T-2756-96, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 29-1-99, 21 p.)

Appel d'une décision du registraire des marques de commerce rejetant la demande d'enregistrement de la marque «Unitel» en liaison avec l'équipement de radio/télécommunications, des installations radio mobiles—L'examineur signale que la requérante ne semblait pas être la personne qui avait droit à l'enregistrement de la marque de commerce «Unitel» puisque la date de premier emploi revendiquée était postérieure à la date de premier emploi revendiquée dans la demande produite par Télécommunications Canadien Pacifique Inc., prédécesseur de AT & T Canada services interurbains—La demande d'enregistrement est restée dans un état de suspension pendant sept ans par suite de plusieurs prorogations de délai demandées par la requérante—Dans l'intervalle, la marque d'AT & T a été publiée dans le *Journal des marques de commerce* en vue de la procédure d'opposition—La question porte sur l'existence d'une obligation pour le registraire de publier la demande en vue de la procédure d'opposition avant de conclure que la

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

requérante «n'est pas la personne qui a droit à l'enregistrement de la marque de commerce parce que cette marque crée de la confusion avec une autre marque de commerce en vue de l'enregistrement de laquelle une demande est pendante», comme le prévoit l'art. 37(1)c) de la Loi sur les marques de commerce—La demanderesse soutient que la décision de rejet du registraire devrait être annulée au motif qu'elle lui interdit d'avoir accès au processus quasi judiciaire de la procédure d'opposition prévue par la Loi—Appel rejeté—1) Compte tenu de la structure de l'article et du sens ordinaire des mots employés dans l'art. 37(1), le Parlement ne peut avoir eu l'intention d'obliger le registraire à faire annoncer la demande s'il est convaincu que l'une des conditions prévues à l'alinéa a), b) ou c) est réalisée—2) L'économie d'ensemble de la Loi fournit à celui qui se trouve dans une situation semblable à celle de la demanderesse des garanties suffisantes d'équité procédurale—Dans le contexte d'un rejet sur le fondement de l'art. 37(1)c), l'art. 37(2) prévoit déjà que le registraire doit faire connaître ses objections au requérant, avec les motifs pertinents, et lui donner une occasion convenable de contester la demande pendante d'une autre personne par la procédure de l'opposition et devant les tribunaux—L'économie de la Loi permet également au requérant de contester la demande pendante d'une autre personne par la procédure de l'opposition et devant les tribunaux—Les art. 38 et 39 de la Loi et les art. 35 à 47 du Règlement sur les marques de commerce contiennent un ensemble de règles permettant à une personne de s'opposer à une demande d'enregistrement une fois qu'elle a été publiée et lui donnant le droit de présenter une preuve et des arguments au registraire à cet égard—En outre, toute décision du registraire, y compris la décision d'enregistrer une marque, peut être portée en appel à la Cour fédérale, également compétente dans toute matière touchant l'application d'une disposition de la Loi (art. 55 à 61)—Le registraire, après s'être conformé en tous points aux exigences de l'art. 37(2) de la Loi et après avoir examiné les objections de l'appelante, pouvait à bon droit rejeter la demande de celle-ci au motif que les renseignements donnés étaient exacts—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 37, 38 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 134; 1993, ch. 15, art. 66), 39 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 67), 55, 56, 57, 58, 59, 60 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 145; 1995, ch. 1, art. 62), 61—Règlement sur les marques de commerce, DORS/96-195, art. 35 à 47.

UNITEL INTERNATIONAL INC. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-1202-98, juge Pinard, ordonnance en date du 15-1-99, 7 p.)

**PENSIONS**

Recours en contrôle judiciaire contre la décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) confirmant celle du comité d'appel qui déniait au demandeur la

**PENSIONS—Fin**

pension de retraite par ce motif que ses trois maladies ne satisfaisaient pas au critère légal—Le demandeur, au service de la GRC du 30 avril 1970 au 10 avril 1996, travaillait principalement avec la brigade des stupéfiants à Calgary—Sérieux malentendu au sujet de son statut pour la période où il était détaché au Groupe intégré du renseignement sur les jeux olympiques—Il en a été perturbé et déprimé—Diagnostic d'inflammation musculaire chronique d'origine immunologique, appelée dermatomyosite—Le Tribunal a rejeté la demande de pension pour chacune des trois maladies essentiellement par le même motif—Demande de réexamen rejetée—L'art. 31 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) comporte une disposition privative—À la lumière des preuves et témoignages médicaux incontestés et compte tenu de l'art. 39 de la Loi aux termes duquel toute incertitude doit être tranchée en faveur du demandeur, la décision du Tribunal est fondée sur une erreur de droit manifestement déraisonnable—Le caractère manifestement déraisonnable de la décision du Tribunal tient à son interprétation indûment restrictive de l'art. 21(2)a) de la Loi sur les pensions—Le critère applicable prévoit deux conditions très simples pour conclure à la pension d'invalidité: la maladie doit 1) être consécutive au service ou 2) y être rattachée directement—Les preuves produites sont amplement suffisantes pour permettre de conclure que la maladie primaire du demandeur, sa dermatomyosite, était consécutive ou rattachée directement au service—Recours accueilli—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 31, 39—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(2)a).

UNTEL C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-59-98, juge Campbell, ordonnance en date du 5-2-99, 11 p.)

**PRATIQUE**

Requête en ajournement—Il a été prévu trois semaines pour l'instruction de l'affaire à London (Ontario), à partir du 18 janvier 1999—La Cour fut avisée que l'avocate principale des demandeurs devait plaider devant la Cour de l'Ontario (Division générale) à London, dans le cadre d'un procès commençant le 4 janvier 1999—La Cour fit savoir aux avocats que l'instruction de l'affaire aurait lieu comme prévu—À l'ouverture de l'instruction le 18 janvier, l'avocat en second des demandeurs présenta une requête en ajournement de l'instruction ou en report de l'instance—Requête rejetée—Le matin du troisième jour d'instruction, l'avocat des demandeurs présenta une requête verbale demandant soit que la Cour retire son ordonnance du 18 janvier soit qu'elle la modifie—Requête rejetée—La Cour n'a pas la compétence nécessaire pour connaître d'une requête qui constitue en fait un appel interjeté de sa propre décision—Les faits nouveaux ne relèvent pas de la règle 399(2)a)—Décision *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigra-*

## PRATIQUE—Suite

tion), [1986] 3 C.F. 189 (C.A.) appliquée—Le droit d'une demanderesse à être représentée par l'avocat qui a sa préférence ne l'emporte pas sur l'intérêt général qui plaide pour une justice rapide et efficace, conformément à la tradition de la Cour qui veut que les instructions commencent le jour fixé par ordonnance de la Cour, d'ailleurs assez longtemps à l'avance—Il faut que le préjudice subi par les demandeurs soit effectif pour que se justifie un refus d'ajournement—Dans *TIT2 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)*, [1995] O.J. n° 3049 (Div. gén.) (QL), il s'agissait d'un ajournement de dix semaines—Si la présente affaire n'était pas menée à terme dans les trois semaines prévues, étant donné l'emploi du temps des avocats et le calendrier de la Cour, le retard qui en découlerait pourrait dépasser largement les dix semaines—L'affaire a été engagée en 1993—Il n'est pas dans l'intérêt de la justice que l'on prenne le risque de nouveaux retards considérables—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399(2)a.

MARTIN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2643-93, juge Gibson, ordonnance en date du 29-1-99, 11 p.)

Ordonnance de confidentialité—Demande de délivrance d'une ordonnance de confidentialité concernant «tous les documents déposés» par l'intimé relativement à l'appel—En vertu de la règle 151(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour peut ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels—Aux termes de la règle 151(2), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires—Le formulaire de demande de citoyenneté canadienne renferme les mots «confidentiel une fois rempli»—Le ministre interjette appel de l'octroi de la citoyenneté à l'intimé—La Cour de la citoyenneté a déposé une copie certifiée du dossier dont elle était saisie—Sept mois plus tard, l'intimé a sollicité une ordonnance de confidentialité—L'intimé a fait valoir qu'il avait le droit de se fier aux assurances données au sujet de la protection des renseignements qui figurent sur la demande de citoyenneté canadienne—Demande rejetée—En vertu de la règle 151(2), la partie qui demande la confidentialité a le lourd fardeau de convaincre la Cour de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels en question comme confidentiels: *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.)—Tous les engagements de confidentialité donnés par le ministre ne lient pas la Cour—L'intimé n'a mentionné aucune raison spéciale pouvant justifier que les renseignements personnels soient considérés comme confidentiels—Le délai qui s'est écoulé entre le dépôt du dossier certifié et le dépôt de la demande dont la Cour est saisie sème le doute sur l'authen-

## PRATIQUE—Suite

ticité des préoccupations qu'entretient l'intimé au sujet de la confidentialité—Le dossier certifié n'a pas été déposé par l'intimé—La requête ne demande pas une ordonnance de confidentialité relativement à des documents qui seront déposés, mais plutôt à l'égard de documents qui ont été déposés il y a quelques mois—La Cour recommande à la ministre d'envisager la possibilité de préciser sur les formulaires de demande de citoyenneté que la protection qui s'applique à ces formulaires et à des documents connexes du Ministère ne s'étend pas aux cas où ils doivent, du fait de la loi, être communiqués aux fins de procédures judiciaires—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. FAZALBHOY (T-2589-97, juge Gibson, ordonnance en date du 13-1-99, 8 p.)

Demande—Documents en la possession du Tribunal—Se fondant sur la règle 318(2), la Commission canadienne des droits de la personne s'oppose à la remise à la Cour, à la suite d'une demande formulée en vertu de la Règle 317, de certains documents—Aux termes de la Règle 317, une partie peut demander que des documents ou éléments matériels relatifs à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande lui soient transmis—La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de rejeter la plainte pour discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge et la race—Les documents demandés sont beaucoup plus nombreux que les documents effectivement déposés—Il s'agit de déterminer si les documents demandés sont pertinents—Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), la Cour d'appel, saisie de l'appel interjeté d'une ordonnance de la Cour de première instance enjoignant à la Commission de déposer des copies certifiées conformes de certains documents, a en fait rejeté une opposition analogue à celle dont la Cour est saisie en l'espèce—La décision *Pathak* s'impose à la Cour—Si, dans la demande de contrôle judiciaire, on avait invoqué la partialité des enquêteurs, affirmant que cela les avait menés à présenter à la Commission un rapport prétendument partial, cela aurait très bien pu justifier un examen des circonstances ayant abouti à la rédaction de ce rapport d'enquête, mais on n'a pas plaidé en ce sens—L'allégation soumise est la même que celles qui furent portées devant la Cour d'appel fédérale dans *Pathak*—D'ailleurs, alléguer le caractère incomplet d'une enquête c'est alléguer le déni de justice naturelle, allégation développée devant la Cour dans *Pathak*—Il est fait droit à l'opposition formulée par la Commission—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 317, 318.

LINDO C. BANQUE ROYALE DU CANADA (T-931-98, juge Gibson, ordonnance en date du 25-1-99, 22 p.)

## PRATIQUE—Suite

## ACTES DE PROCÉDURE

*Requête en radiation*

Requête de Bayer en vue de faire radier certaines parties de l'exposé des faits et du droit d'Apotex—Dans son exposé des faits et du droit, Apotex mentionne les brevets allemand et espagnol—Il s'agit de décider si certaines parties de l'exposé d'Apotex devraient être radiées pour non-pertinence—En règle générale, il faut dissuader les parties de présenter des requêtes interlocutoires en radiation de parties des exposés des faits et du droit sous prétexte qu'elles ne sont pas pertinentes—Si l'exposé est ambigu ou s'il contient des pièces non pertinentes, l'avocat court le risque d'obscurcir les points en litige et les arguments auxquels ils donnent lieu, ainsi que de contrarier le juge du fond, qui se voit obliger de séparer les éléments pertinents de ceux qui ne le sont pas et de clarifier les arguments de l'avocat—Il faut chercher à empêcher la présentation de requêtes interlocutoires entraînant des coûts et des délais—Il revient au juge du fond d'examiner les arguments tels qu'ils sont présentés—La partie qui inclut indûment des renseignements non pertinents dans un exposé s'expose à voir sa conduite sanctionnée par le juge du fond dans l'adjudication des dépens—Requête rejetée.

BAYER AG C. APOTEX INC. (T-35-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 4-9-98, 3 p.)

## AFFIDAVITS

Sierra Club demande de contraindre John Mundy à comparaître de nouveau pour être contre-interrogé de nouveau sur son affidavit; Énergie Atomique du Canada (ÉACL) demande la radiation de divers affidavits qui renfermeraient des éléments non pertinents ou constituant des avis, des arguments, des conclusions juridiques ou du oui-dire—Le Sierra Club reproche aux ministres du gouvernement fédéral d'avoir manqué à leurs devoirs en ne prenant pas les mesures nécessaires pour qu'une évaluation environnementale ait lieu en conformité avec la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale relativement à la construction, en Chine, de deux réacteurs CANDU—Lors de l'interrogatoire initial de M. Mundy par le Sierra Club, les avocats lui ont donné pour instructions de ne pas répondre aux questions concernant certains documents en raison du manque de pertinence—1) Pour appliquer la notion que le déposant doit répondre aux questions se rapportant à tous les points, tant ceux qui sont directement abordés dans l'affidavit que ceux qui permettent de trancher le point litigieux à l'égard duquel l'affidavit a été déposé, sans être régi par les règles qui s'appliquent dans le cas d'un interrogatoire préalable, il faut observer un principe fondamental au sujet des conditions de réception des éléments de preuve, à savoir que, s'ils sont pertinents, les éléments de preuve devraient être admis, à moins qu'une règle particulière d'exclusion ne s'appli-

## PRATIQUE—Suite

que—Le pouvoir discrétionnaire de rejeter des éléments de preuve doit être exercé avec prudence, car souvent on ne peut en arriver à une décision éclairée qu'après avoir analysé à fond toutes les règles de droit pertinentes et tous les faits, tâche qu'il vaut mieux laisser au juge du procès—Il faut tenir compte de l'équilibre à viser entre, d'une part, tout retard excessif découlant de la multiplication des documents et de la longueur du contre-interrogatoire sur les affidavits et les documents et, d'autre part, l'intérêt, pour le juge qui entendra la demande au fond, de disposer de tous les éléments qui sont pertinents et importants pour lui permettre de prendre une décision éclairée—La règle 91(2) exige que, pour son contre-interrogatoire, le souscripteur de l'affidavit apporte avec lui tous les documents pertinents quant à la demande ou à la requête—Disposition reprise à la règle 94(1), sous réserve de la dispense que la Cour peut accorder, sur requête—Il n'existe pas de règle d'exclusion empêchant de présenter un document apparemment pertinent quant à un témoin pour vérifier si le témoin connaît le document ou le reconnaît et, si la réponse est affirmative, le contre-interrogatoire devrait avoir lieu, et les documents devraient ainsi être déposés en preuve au dossier, sous réserve du pouvoir discrétionnaire définitif du juge du fond—Les documents des annexes B à G devraient être présentés à Mundy, qui semble en mesure de les authentifier en raison du fait qu'il les a rédigés ou reçus lui-même—Ces documents peuvent être utilisés pour contre-interroger Mundy—Documents pertinents quant à la résolution des questions en litige; le contre-interrogatoire à leur égard ne retardera pas indûment l'instance; il est possible que le juge du fond ait besoin de ces documents pour disposer de tous les éléments d'information nécessaires pour rendre une décision juste—Il est ordonné au témoin de comparaître de nouveau en vue d'être contre-interrogé de nouveau sur les annexes B à G—2) Le pouvoir discrétionnaire de radier des affidavits doit être exercé avec parcimonie—Pour assurer l'efficacité des instances en contrôle judiciaire, on ne devrait pas permettre aux parties de radier réciproquement leurs affidavits respectifs—Exceptions: si un affidavit est abusif ou manifestement dépourvu de pertinence, si une partie a obtenu la permission d'admettre un élément de preuve qui s'avère de toute évidence inadmissible ou si la Cour est convaincue que l'admissibilité devrait être examinée sans délai de manière à ce que l'éventuelle audience puisse se dérouler dans l'ordre, l'affidavit peut être radié—Quant à la radiation d'une partie d'affidavit, cette mesure convient s'il est possible de dissocier les parties admissibles des parties inadmissibles—Des passages considérables des affidavits sont du oui-dire—La règle 81(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) exige maintenant que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête—Selon l'ancienne Règle 332(1), les affidavits devaient se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a—Il n'existe pas de différence appréciable dans le libellé des anciennes et des



**PRATIQUE—Suite**

nouvelles Règles—Mince nuance entre le fait de prouver des faits par la connaissance qu'on en a et le fait de limiter son témoignage aux faits dont on a une connaissance personnelle—L'admission de la preuve par oui-dire est fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité—Il n'est pas raisonnable de prétendre qu'une simple nuance, qui constitue en grande partie une différence illusoire, suffit à empêcher l'admission de la preuve par oui-dire—Certains paragraphes des affidavits d'Elizabeth May radiés parce qu'ils constituent l'expression inacceptable d'opinions ou de conclusions de droit ou encore des conjectures—Requêtes en radiation des autres affidavits rejetées—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 81(1), 91(2), 94(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1).

SIERRA CLUB DU CANADA C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (T-85-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 11-12-98, 22 p.)

Demande en vue de signifier et de déposer un affidavit complémentaire qui comprend des documents obtenus en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—L'affidavit complémentaire vise à répondre à l'affidavit versé au dossier par le défendeur, dans lequel Elizabeth Klak témoigne qu'elle avait tranché seule l'affaire le 7 octobre 1997, ainsi qu'en fait état un document intitulé «Réexamen RH»—Dans un document daté du 1<sup>er</sup> juin 1998 et intitulé «Sommaire du rapport fait en application de l'art. 27(2)», qui a été obtenu en vertu de la Loi sur l'accès à l'information, M<sup>me</sup> Klak a écrit ce qui suit: «Il est recommandé que la demande de résidence permanente faite par l'intéressé à l'intérieur du Canada soit rejetée, et qu'il lui soit ordonné de quitter le Canada»—Le gestionnaire à qui le document était adressé y a inscrit son approbation le 2 juin 1998—Il appert que la décision fut rendue à ce moment-là—Indépendamment de la question de savoir si M<sup>me</sup> Klak a induit en erreur le demandeur, il appert que ce témoin a été pris à son propre piège, par l'emploi irréflecti de la forme passive impersonnelle «Il est recommandé» dans le document du 1<sup>er</sup> juin 1998 (formule dont Sir Ernest Gowers, rédacteur, 2<sup>e</sup> édition de l'ouvrage *Fowler's Modern English Usage*, Oxford University Press 1968, a dit qu'elle «trahit souvent une dérobade pusillanime») et par l'approbation inscrite par le gestionnaire au-dessous de cette recommandation—Les documents jettent aussi la lumière sur la documentation que M<sup>me</sup> Klak avait demandée et reçue de Hong Kong, laquelle, qui n'est pas incluse dans les documents obtenus par le demandeur, comprend une renonciation signée par sa mère—Les documents pourraient être un facteur étant donné la confusion sur la question de savoir qui a rendu la décision—Le demandeur pensait que son recours était dirigé contre la décision du 2 juin 1998—Le dépôt de nouveaux documents n'est pas habituellement autorisé sur recours en contrôle judiciaire, mais rien n'en prévoit expressément l'inadmissibilité—La règle 55 des Règles de la Cour fédérale (1998)

**PRATIQUE—Suite**

autorise la Cour, dans des circonstances particulières, à dispenser de l'observation d'une disposition des Règles—La divulgation de l'existence d'une décision secrète rendue en octobre 1997, bien longtemps avant celle qui a été communiquée au demandeur, constitue une circonstance particulière—Afin que justice soit rendue et pour épargner un préjudice au demandeur, il faut autoriser le dépôt des documents en question—Ce dépôt ne causera aucun préjudice au défendeur, tant que celui-ci aura la possibilité d'y répondre—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 55.

CHOW C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3600-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 27-11-98, 6 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Production de documents*

Requête visant à contraindre le représentant de la défenderesse à l'interrogatoire préalable, James C. Powell, à comparaître à nouveau pour répondre à d'autres questions—Le point litigieux est le privilège de non-divulgation revendiqué par la défenderesse à l'égard de cinq documents puis quatre, énumérés dans l'affidavit de documents de la défenderesse—Dans l'action qu'elles ont intentée contre la Couronne, les demanderesses cherchent à recouvrer certains fonds que celle-ci a elle-même recouverts d'un certain Wright—Wright est un ancien employé des demanderesses—Accusé de fraude fiscale, il s'est reconnu coupable à sa première comparution—M. Powell, représentant de la défenderesse à l'interrogatoire au préalable, avait été chargé d'enquêter sur les affaires d'impôt de Wright—Les documents en litige sont énumérés aux alinéas a) à e) inclusive—Il y a eu renonciation à tout privilège en ce qui concerne l'élément mentionné à l'alinéa e)—En ce qui concerne les éléments énumérés aux alinéas b), c) et d), il s'agit de communications échangées entre un ministère client et un avocat du ministère de la Justice au sujet d'une affaire en instance—Ces documents sont protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat et ils n'ont pas à être produits—En ce qui concerne le document mentionné à l'alinéa a), il s'agit d'un rapport d'enquête rédigé par un enquêteur du ministère du Revenu national—C'est un document interne dont rien n'indique qu'il a été rédigé en vue d'obtenir ou de demander un avis juridique ou en prévision d'une instance—Ce document n'est pas protégé par le privilège du secret professionnel de l'avocat—Il ne réunit pas les conditions requises pour être protégé par le privilège de l'enquête—L'autre motif susceptible de justifier la non-communication du document est l'art. 241 de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui interdit de divulguer les renseignements confidentiels relatifs à un contribuable—Le

**PRATIQUE—Suite**

document ne contient pas tant de renseignements sur les affaires personnelles d'impôt de M. Wright et de ses compagnies qu'il soit impossible de le divulguer avec les omissions appropriées—Ordonnance permettant la divulgation du document, sous réserve d'une révision faite par l'avocate de la défenderesse afin d'en rayer les parties qui, selon elle, contreviendraient à l'art. 241—Ordonnance exigeant que M. Powell comparaisse de nouveau et réponde à toutes les questions pertinentes portant sur le document mentionné à l'élément a) des réponses de la Couronne aux engagements en date du 27 août 1998—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 241.

NOVACOR CHEMICALS (CANADA) LTD. C. CANADA (T-770-94, juge Hugessen, ordonnance en date du 28-1-99, 7 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Exécution*

Le 18 septembre 1998, une ordonnance a été rendue précisant que «les requêtes suivantes, s'il en est, seront présentées dans un délai d'un mois: la requête en radiation, la requête en rejet, la requête en vue d'obtenir un jugement par défaut, la requête en obtention de précisions, la requête pour permission de déposer une défense et la requête pour permission de modifier»—Rien n'a été fait dans le mois qui a suivi l'ordonnance—En réponse à l'ordonnance intimant aux demandeurs de donner les raisons pour lesquelles l'action ne doit pas être rejetée pour cause d'absence d'activité dans le délai fixé dans l'ordonnance, l'avocat des demandeurs prétend que cela n'est pas nécessaire parce que, d'une part, la défense a été signifiée mais n'a pas été déposée et, d'autre part, les défendeurs n'insistent pas sur un respect strict des délais impartis—Si les avocats pensaient qu'il n'était pas «nécessaire» de demander une modification, ou que le «respect strict» des délais impartis n'était pas requis, ils auraient dû chercher à faire modifier l'ordonnance ou à faire proroger le délai—Ils ne l'ont pas fait—Une ordonnance dans laquelle un délai est fixé ne peut pas être modifiée du consentement des parties—Tel qu'il ressort de l'ordonnance, l'avocat des demandeurs se devait d'agir avec une grande diligence dans l'affaire—De toute évidence, l'ordonnance visait à ce que des mesures soient prises pour mettre la cause en état dans un délai d'un mois—Comme rien n'a été fait dans un délai d'un mois, l'action est rejetée.

PERVEZ (TUTRICE À L'INSTANCE) C. CANADA (T-1803-91, juge Hugessen, ordonnance en date du 15-1-99, 4 p.)

**PARTIES**

Procès distincts—Requêtes visant à obtenir une ordonnance radiant le nom de Wayne Roan comme partie deman-

**PRATIQUE—Fin**

deresse et une ordonnance tendant à la tenue de procès distincts—Requêtes accueillies—Le fait que la preuve n'a pas été contredite, que la bande au nom de laquelle M. Roan cherchait à faire valoir des droits a expressément manifesté son refus d'être partie à l'instance, et que les droits mêmes qui étaient revendiqués sont des droits collectifs qui ne sont pas susceptibles d'exercice par une personne prise individuellement et, d'ailleurs, n'étaient pas revendiqués en tant que tels dans la déclaration, amenait à conclure que M. Roan n'était pas une partie apte à agir comme demandeur à l'instance, et que lui permettre de continuer à le faire constituerait un abus du processus judiciaire—En ce qui concerne la poursuite des causes d'actions en tant qu'instances distinctes, il est maintenant clair que les droits ancestraux et issus de traités qui sont revendiqués sont des droits spécifiques à la bande et spécifiques aux faits—Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel; leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas: *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507—Même si les Règles de la Cour fédérale (1998) traitent de façon très libérale la jonction de parties et la réunion de causes d'action, le droit de jonction est subordonné au pouvoir discrétionnaire prépondérant de la Cour d'ordonner que des causes d'action soient jugées séparément lorsque l'audition de deux ou plusieurs causes d'action ou parties dans une même instance compliquerait indûment ou retarderait le déroulement de celle-ci ou porterait préjudice à une partie (règle 106)—En l'espèce, la réunion des causes d'action compliquait indûment ou retardait le déroulement de l'instance, et il est ordonné que les deux causes d'action des bandes qui restent soient poursuivies en tant qu'instances distinctes—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 106.

BANDE INDIENNE DE SAWRIDGE C. CANADA (T-66-86, juge Hugessen, ordonnance en date du 20-1-99, 7 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre a confirmé la décision de la défenderesse Canadien Pacifique Limitée (CP) de congédier le demandeur—Le demandeur a travaillé comme employé de (CP) de 1969 au 19 janvier 1995—En décembre 1994, le demandeur est entré dans le bureau du directeur Michel Bertrand et a entré un mot de passe dans son ordinateur—Le demandeur a nié avoir touché à l'ordinateur de M. Bertrand—Il a été suspendu à des fins d'enquête—En janvier 1995, le demandeur a reçu une lettre de congédiement pour avoir manqué à la sécurité en utilisant sans autorisation et illégalement le système Merlin de CP—Il a déposé une plainte pour congédiement injustifié—Un arbitre a été désigné et saisi de la plainte—La plainte a été rejetée dans une décision rédigée en français le 24 juillet 1997—Le demandeur en a reçu une traduction anglaise par la suite—L'arbitre a conclu que le

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

demandeur avait commis un acte fautif et que son congédiement était justifié—Le demandeur a dû répondre à des accusations criminelles relativement à ces actes—Il ne revenait pas à l'arbitre de demander que la transcription du procès criminel soit produite à l'audience—La recevabilité de la transcription était au mieux incertaine—Les questions que le juge devait trancher au criminel n'étaient pas les mêmes que celles soumises à l'arbitre—Le fait que l'arbitre ait rédigé sa décision en français ne démontre pas un manque d'impartialité de sa part, ni un manquement à un principe de justice naturelle—La loi et la jurisprudence le lui permettaient—Le demandeur a reçu la traduction anglaise du jugement—L'arbitre n'a pas outrepassé sa compétence—En ce qui concerne les transgressions antérieures, l'arbitre a, à juste titre, déclaré que le demandeur avait été suspendu trois mois parce que son attitude posait un problème—La Cour doit permettre aux tribunaux administratifs d'exercer les fonctions que leur assigne leur loi habilitante et doit faire preuve de retenue lorsqu'elle contrôle leurs décisions—Cela vaut plus particulièrement dans les cas où la loi habilitante comporte une disposition privative sévère, telle celle figurant à l'art. 243 du Code canadien du travail—Absence de lacune d'ordre procédural ou de manquement dans la façon dont l'arbitre a apprécié la preuve et tiré sa conclusion—Il a tiré une conclusion qui relevait entièrement de sa compétence et qui était étayée par la preuve produite devant lui—Aucun motif justifient l'intervention de la Cour—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 243.

FREZZA C. LAUZON (T-2291-97, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-1-99, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de réexamen du CCRT—En 1996, Trentway-Wagar Inc. a acquis certaines lignes d'autobus et autobus de Voyageur Colonial Limited en Ontario—42 employés ont été mutés de Voyageur à

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

Trentway—Avant l'acquisition, TCA-Canada représentait ces employés aux fins des négociations collectives; les employés de Trentway étaient représentés par la section locale 1624 du Syndicat uni du transport—Pendant que le CCRT était saisi de la demande dans laquelle TCA-Canada sollicitait un jugement déclaratoire portant qu'une vente d'entreprise avait eu lieu et que la convention collective conclue avec TCA-Canada liait Trentway, les syndicats et Trentway sont parvenus à une entente sur les questions de savoir quelle convention collective s'appliquerait et quel syndicat serait l'agent négociateur; ils se sont également entendus sur la fusion de l'ancienneté des employés—Le règlement a été incorporé dans l'ordonnance sur consentement que le Conseil a rendue le 18 septembre 1997—Le CCRT considère la plainte écrite du défendeur comme une demande de réexamen de cette décision—Il a outrepassé sa compétence en renvoyant la plainte au tribunal initial afin qu'il la réexamine—En vertu du Code canadien du travail, le CCRT peut prendre en considération les dispositions de la convention collective qui traitent de l'ancienneté seulement après qu'une des parties à la convention collective lui a présenté une demande visée à l'art. 45(3)—Ce paragraphe n'avait pas été invoqué par une des parties à la convention collective—Tel qu'il a été déclaré dans *Grain Workers' Union, Local 333 v. British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn.* (1989), 101 N.R. 105 (C.A.F.), le CCRT ne peut modifier une décision prise en application d'un autre article du Code de manière à la transformer en une décision qui n'aurait pu être prise en vertu de cet autre article—Le Code n'empêche pas le CCRT d'enquêter en application de l'art. 37 sur la plainte du défendeur (obligation de juste représentation) et de concevoir une réparation appropriée s'il y a violation des dispositions de cet article—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 37, 45.

SYNDICAT UNI DU TRANSPORT, SECTION LOCALE 1624 C. BUGAY (A-910-97, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 11-1-99, 7 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
renvoyer cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9