



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 4, Part 1

2003, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2003] 4 F.C., 3-343

Renvoi [2003] 4 C.F., 3-343

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editor

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2003.

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: Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

Arrêtiſte principal

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

Arrêtiſte

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* est publié conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont protégés 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'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

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

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

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

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.

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

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Air Canada Pilots Assn. v. Air Line Pilots Assn. (C.A.)	162

Labour Relations—Air Canada-Canadian Airlines International merger—Arbitration award fixing seniority list integration date—Award quashed by CIRB—Application to F.C.A. by Air Canada pilots union for restoration of award—Arguing CIRB outside jurisdiction in ignoring terms of Protocol between unions establishing seniority list integration process—Arbitrator found economic disparity between two carriers, disparity in hiring patterns—Found “date of hire” integration inequitable—Gave Air Canada pilots advantageous treatment, their employer having rescued Canadian—Given benefit of “fences” as exclusive bidding rights on wide-body aircraft, layoff protection—CIRB initially approved award’s seniority provisions, reversed itself upon reconsideration—New order in accordance with legal, factual reality when bargaining units merged—CIRB held arbitrator contravened Code in giving Air Canada pilots advantages—Application denied—CIRB having power under Code, s. 18 to override any part of Protocol—Protocol not containing express agreement on date of seniority list integration—Courts not adding terms to written agreement unless “officious bystander” test met—No denial of procedural fairness—CIRB having power under Regulations, s. 44(b) to review award where Code principles improperly applied—Not unfettered interest arbitration, but

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

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

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

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Assoc. des pilotes d'Air Canada c. Assoc. des pilotes de lignes aériennes (C.A.)	162

Relations du travail—Fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien International—Date de l'intégration des listes d'ancienneté fixée par décision arbitrale—Décision annulée par le CCRI—Le syndicat des pilotes d'Air Canada demande à la Cour d'appel fédérale de rétablir la décision arbitrale—Il allègue que la CCRI a outrepassé sa compétence en faisant abstraction d'un protocole signé par les syndicats, lequel établissait une procédure devant s'appliquer à l'intégration des listes d'ancienneté—L'arbitre a conclu qu'il existait une disparité au plan économique entre les deux transporteurs, ainsi que des différences dans les tendances en matière d'embauche—Ce déséquilibre rendait inéquitable une intégration «en fonction de la date d'embauche»—Il a accordé aux pilotes d'Air Canada un traitement bonifié, leur employeur s'étant porté à la rescousse de Canadien—Les pilotes d'Air Canada ont également été avantagés par certaines restrictions, désignées sous le nom d'«obstacles», telles des droits de postulation exclusifs à l'égard d'un certain gros porteur et une garantie de non-licenciement—Le CCRI qui avait initialement confirmé que l'ancienneté des pilotes devait être établie en conformité avec la décision arbitrale a annulé sa propre décision après réexamen—La nouvelle ordonnance correspondait au contexte factuel et juridique existant au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

circumscribed by Code principles, subject to CIRB reconsideration—Ss. 35, 18.1 remedial, to be read together—“Winner take all” approach inconsistent with s. 18.1.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Canada Industrial Relations Board decision—Board, upon reconsideration, setting aside arbitration award— At issue: seniority lists integration following merger of two air carriers—Standard of review—S.C.C. teaching in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* followed—Object of analysis: did Parliament wish courts or tribunal to ultimately decide case—CIRB decisions protected by broad privative clause—Specialized, expert tribunal—Purposes of Canada Labour Code factor to be considered—Nature of question: had CIRB jurisdiction to review an earlier order, within CIRB’s home legislative framework, experience—Decision to be reviewed on patent unreasonableness standard—Board had jurisdiction to override Protocol between two unions—Board having power under Regulations to review award where Code principles improperly applied.

Balisky v. Canada (Minister of Natural Resources) (C.A.) 30

Energy—“Controlled area” adjacent to pipeline right-of-way—Landowners’ damages claim—Whether referable to Arbitration Committee under National Energy Board Act, Part V—S. 90 arbitration notice served on Minister who ruled claim not referable—Decision upheld on judicial review—Reversed by F.C.A.—Act, s. 112(1) describing “controlled area”, prohibiting certain construction work near pipeline

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

moment où il y avait eu fusion des unités de négociation—Le CCRI a statué que l’arbitre avait enfreint les dispositions du Code en accordant des avantages aux pilotes d’Air Canada—Demande rejetée—Le CCRI a, en vertu de l’art. 18 du Code, le pouvoir de déroger à toute partie du protocole—Le protocole ne contient aucune entente expresse quant à la date de l’intégration des listes d’ancienneté—Les tribunaux hésitent à aller au-delà du libellé d’une entente écrite à moins qu’il ne soit satisfait au critère de l’«observateur objectif»—Aucun manquement à l’équité procédurale—L’art. 44b) du Règlement confère au CCRI le pouvoir de réexaminer une décision lorsque les principes du Code ont été mal appliqués—Il ne s’agissait pas d’un arbitrage d’intérêts avec latitude absolue laissée à l’arbitre; l’arbitrage devait plutôt s’appuyer sur les principes prévus au Code et était susceptible de réexamen par le CCRI—Les art. 35 et 18.1 qui ont un objet remédiateur doivent être interprétés l’un en regard de l’autre—L’approche «tout au vainqueur» n’est pas conforme à l’esprit de l’art. 18.1.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Décision du Conseil canadien des relations industrielles—Le CCRI, après réexamen, annule la décision arbitrale—La question en litige porte sur l’intégration des listes d’ancienneté après la fusion des deux transporteurs aériens—Norme de contrôle—Application des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—L’analyse vise à établir qui des tribunaux ou du CCRI doit rendre la décision finale, selon l’intention du législateur, pour trancher l’affaire—Les décisions du CCRI sont protégées par une clause privative de large portée—Tribunal spécialisé—Les objectifs du Code canadien du travail constituent l’un des facteurs à prendre en compte—Comme autre facteur, il y a la nature de la question en litige, soit celle de savoir si le CCRI avait compétence pour réviser une ordonnance antérieure, dans les limites de son cadre législatif et de son expérience—La norme de contrôle applicable à la décision du CCRI est celle de la décision manifestement déraisonnable—Le CCRI avait compétence pour déroger au protocole signé par les deux syndicats—Le CCRI jouit en vertu du Règlement du pouvoir de réexaminer une décision lorsque les principes du Code ont été mal appliqués.

Balisky c. Canada (Ministre des Ressources naturelles) (C.A.) 30

Énergie—«Zone contrôlée» adjacente au droit de passage d’un pipeline—Demandes d’indemnité présentées par les propriétaires—Les réclamations pouvaient-elles être renvoyées à un comité d’arbitrage constitué en vertu de la Loi sur l’Office national de l’énergie, partie V?—Avis d’arbitrage selon l’art. 90 signifié au ministre, qui a décidé que les réclamations ne pouvaient être renvoyées à un comité d’arbitrage—Décision

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

without leave of National Energy Board—F.C.T.D. Judge holding s. 84 restricting matters with which Committee may deal, “controlled area” claims too remote for direct connection in s. 84—S. 75 providing pipeline company pay compensation for all damage due to exercise of statutory powers—Either side may serve arbitration notice where unable to settle dispute—Minister’s duty: send notice on to Committee, establish Committee if none exists—Under s. 97(1), Committee has jurisdiction to decide all compensation claims in arbitration notice—Matters excluded from arbitration by s. 84(a): highway accidents, defamation, wrongful dismissal claims—Not excluding claims arising due to s. 112(1)—F.C.T.D. Judge wrong in differentiating between damages from right-of-way acquisition, statutory public safety requirements—Purpose of Part V arbitration scheme: expeditious disposition of landowners’ damages claims against pipelines companies—Argument s. 112(1) not imposing severe restrictions as Board leave easily secured rejected—Leave requirement reducing land value as purchaser unwilling to run regulatory risk.

Bouttavong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 143

Practice—Mootness—Application for judicial review of danger opinion—Permanent resident convicted of serious offences, sentenced to three years’ imprisonment—Deportation ordered—Minister’s position: application moot in view of new legislation whereunder applicant ineligible to make refugee claim, without right of appeal to Immigration Appeal Division Teaching of S.C.C. in *Borowski v. Canada (Attorney General)* followed—Two-step analysis—Whether tangible, concrete dispute disappeared—If answer “yes”, should Court, even so, exercise discretion to hear case—Relevant statutory provisions considered—Under new legislation, danger opinion concept replaced by one of serious criminality—On facts of case, law as now stands, even if applicant successful herein, remaining ineligible to have claim determined or to appeal—Court would not exercise discretion, no live controversy remaining, no collateral consequences providing adversarial context—Not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

confirmée à la suite d’un contrôle judiciaire—Infirmée par la C.A.F.—L’art. 112(1) de la Loi décrit ce qu’est une «zone contrôlée», une zone où certains travaux de construction sont interdits près du pipeline sans l’autorisation de l’Office national de l’énergie—Le juge de la Section de première instance avait estimé que l’art. 84 circonscrit les questions pouvant être soumises à un comité d’arbitrage et que les réclamations résultant de la «zone contrôlée» étaient trop éloignées pour répondre au lien direct exigé par l’art. 84—L’art. 75 prévoit qu’une compagnie de pipeline doit payer une indemnité pour les dommages résultant de l’exercice des pouvoirs que lui confère la loi—L’une ou l’autre des parties peut signifier un avis d’arbitrage si les parties ne parviennent pas à régler leur différend—Obligation du ministre: envoyer un avis au comité, et établir un comité si aucun n’existe—Selon l’art. 97(1), le comité a le pouvoir de régler toutes les questions d’indemnité mentionnées dans l’avis d’arbitrage—Matières exclues de l’arbitrage par l’art. 84(a): accidents de la route, diffamation ou congédiement injuste—L’art. 84a) n’a pas pour effet d’exclure de l’arbitrage les demandes d’indemnité résultant de l’art. 112(1)—Le juge de la Section de première instance a eu tort de faire une distinction entre les dommages résultant de l’acquisition du droit de passage et les dommages résultant des exigences de sécurité publique imposées par la loi—Objet du régime d’arbitrage établi par la partie V: assurer le règlement rapide des réclamations de dommages-intérêts des propriétaires à l’encontre des compagnies de pipeline—Rejet de l’argument selon lequel l’art. 112(1) n’impose pas de limites sévères puisque l’autorisation de l’Office peut être facilement obtenue—L’obligation d’obtenir l’autorisation de l’Office risque de réduire la valeur des terrains car les acheteurs ne voudront pas assumer ce risque administratif.

Bouttavong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 143

Pratique—Caractère théorique—Demande de contrôle judiciaire à l’encontre d’une décision selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada—Résident permanent reconnu coupable de diverses infractions et condamné à une peine d’emprisonnement de trois ans—Une mesure d’expulsion a été prononcée—Position du ministre: la demande est devenue théorique compte tenu de la nouvelle loi qui empêche le demandeur de revendiquer le statut de réfugié et le prive du droit d’en appeler à la section d’appel de l’immigration—Les enseignements de l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, rendu par la C.S.C., ont été suivis—Analyse en deux étapes—Le différend concret et tangible a-t-il disparu?—Si la réponse est affirmative, la Cour devrait-elle, malgré cela, exercer son pouvoir discrétionnaire et juger l’affaire?—Examen des dispositions législatives applicables—Dans la nouvelle loi, la notion de danger pour le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

case of recurring nature, no special circumstances justifying use of scarce judicial resources.

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Laos native came to Canada in 1991 as government-sponsored displaced person—Became permanent resident—In 2000, convicted of trafficking in cocaine, contrary to Controlled Drugs and Substances Act and obtaining sexual services of juvenile prostitute, contrary to Criminal Code—Three-year sentence imposed—Minister’s delegate forming opinion applicant danger to public—Deportation ordered—MCI arguing judicial review application moot due to coming into force of Immigration and Refugee Protection Act which replaced Immigration Act—Applicant now ineligible to make refugee claim, having no right of appeal to Immigration Appeal Division—Danger opinion concept replaced by one of serious criminality (convicted of offence punishable by 10 years’ or more imprisonment or receiving sentence exceeding 6 months)—Even if successful herein, applicant still ineligible to have claim determined by Refugee Protection Division—Application not entertained as moot.

Canada v. Siftar (C.A.) 137

Income Tax—Income Calculation—Income from office or employment—Disability insurance plan—Case similar to *Canada v. Tsiaprailis*, heard concurrently herewith and reported at [2003] 4 F.C. 112, except that here settlement making no allocation between arrears, future entitlement—Case at bar also arising from motor vehicle accident but involving claims against two insurers for three causes of action—MNR assessing taxpayer on basis all amounts received from disability insurer taxable—Taxpayer successful before T.C.C. which held disability insurer’s contribution to settlement not taxable as not “payable on a periodic basis”—F.C.A. holding

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

public au Canada a été remplacée par la notion de grande criminalité—Vu les circonstances de cette affaire, et compte tenu de la loi actuelle, même si le demandeur obtient ici gain de cause, il demeurera privé du droit de faire juger sa revendication et du droit de faire appel—La Cour a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire, il ne restait aucun litige actuel, et il ne subsistait pas de conséquences accessoires fournissant le contexte contradictoire nécessaire—Il ne s’agissait pas d’une affaire de nature récurrente, et aucune circonstance spéciale ne pouvait justifier que soient consacrées à cette affaire des ressources judiciaires comptées.

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Le demandeur était un Laotien, arrivé au Canada en 1991 en tant que personne déplacée parrainée par le gouvernement—Il est devenu résident permanent—En 2000, il a été reconnu coupable de s’être livré au trafic de cocaïne, une infraction contraire à la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, et d’avoir illégalement obtenu les services sexuels d’une prostituée juvénile, une infraction contraire au Code criminel—Condamnation à une peine d’emprisonnement de trois ans—La représentante du ministre est arrivée à la conclusion que le demandeur constituait un danger pour le public—Une mesure d’expulsion a été prononcée—Le MCI a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire était devenue théorique en raison de l’entrée en vigueur de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, qui remplaçait la Loi sur l’immigration—Le demandeur n’était plus admissible à revendiquer le statut de réfugié, puisqu’il ne pouvait plus en appeler à la section du statut de réfugié—La notion de danger pour le public a été remplacée par la notion de grande criminalité (le fait d’être déclaré coupable d’une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans ou d’être condamné à un emprisonnement de plus de six mois)—Même s’il obtenait ici gain de cause, le demandeur demeurerait privé du droit de faire juger sa revendication par la section du statut de réfugié—Demande déclarée irrecevable parce que théorique.

Canada c. Siftar (C.A.) 137

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Revenu tiré d’une charge ou d’un emploi—Régime d’assurance invalidité—Affaire semblable à l’espèce *Canada c. Tsiaprailis*, instruite simultanément avec elle et publiée à [2003] 4 C.F. 112, sauf que, dans la présente affaire, le compromis ne prévoyait aucune répartition entre les arriérés et les droits futurs—La présente affaire résultait elle aussi d’un accident de la circulation, mais avait donné lieu à des réclamations à l’encontre de deux assureurs pour trois causes d’action—Le MRN avait établi la cotisation de la contribuable en posant pour principe que toutes les sommes reçues par elle de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in *Tsiaprailis* portion of such settlement covering arrears is taxable—Application of *Tsiaprailis* where no allocation—No presumption there is “arrears” portion in every settlement—Nature of claim impacts upon structure of settlement—Failure to establish allocation not determinative of issue—Inquiry into makeup of settlement amount not precluded—In self-assessment tax system, for taxpayer to declare portion of settlement to be included in income—Agency can reassess if not satisfied taxpayer’s declaration reflective of reality of transaction—Matter remitted to Minister for reassessment in accordance with this Court’s decision in *Tsiaprailis*—Dissenting opinion: facts of case indicating more clearly than those in *Tsiaprailis* why inappropriate to treat any portion of lump sum payment as made pursuant to disability insurance contract, taxable under Income Tax Act, s. 6(1)(f)—Respondent, counsel acted on reasonable assumption division of total settlement figure between insurers not impacting on respondent’s interests.

Canada v. Tsiaprailis (C.A.) 112

Income Tax—Income Calculation—Income from office or employment—Disability insurance plan—Crown appeal from T.C.C. decision lump sum paid taxpayer by insurer in settlement of action under disability insurance policy not taxable under Act, s. 6(1)(f)—Taxpayer’s argument: settlement not payable on periodic basis as required by s. 6 (1)(f)—Appeal allowed—T.C.C. decision in *Dumas* holding such payment taxable under s. 6(1)(a) though not caught by 6(1)(f), preferred to T.C.C. decisions holding in taxpayer’s favour—Taxpayer had two types of claim against insurer: (1) past monthly payments not made; (2) claim to future benefits—Two types to be treated differently for tax purposes—Reliance upon family law case for proposition character of periodic payments not altered if not made on time—Irrelevant that collection activity undertaken to enforce payment—Allocation of global settlement matter of evidence, not legal principle—Taxpayer unable to say recovery not flowing from insurer’s policy obligations—Outcome not dictated by contents of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’assureur invalidité étaient imposables—La contribuable a obtenu gain de cause devant la C.C.I., qui a jugé que la contribution de l’assureur invalidité dans le compromis n’était pas imposable parce qu’il ne s’agissait pas d’une somme «payable périodiquement»—Dans l’affaire *Tsiaprailis*, la C.A.F. a jugé que la part d’un tel compromis qui est attribuable aux arriérés est imposable—Il s’agissait de savoir comment appliquer l’arrêt *Tsiaprailis* lorsqu’il n’y a aucune répartition—Il n’existe aucune présomption selon laquelle tout règlement d’une réclamation englobe une portion «arriérés»—La nature de la réclamation peut avoir une incidence sur la structure du compromis—L’absence d’une répartition ne permet pas de disposer du litige—Une telle absence ne saurait faire obstacle à un examen de la composition du compromis—Dans un système fiscal qui repose sur l’autocotisation, il appartient au contribuable de déclarer la partie d’un compromis qui doit figurer dans son revenu—Si l’Agence n’est pas convaincue que la déclaration du contribuable reflète la réalité de l’opération, elle peut lui envoyer une nouvelle cotisation—Affaire renvoyée au ministre pour nouvelle cotisation qui sera établie en conformité avec la décision rendue par la C.A.F. dans l’affaire *Tsiaprailis*—Opinion dissidente: les circonstances de cette affaire montraient, encore plus clairement que les circonstances de l’affaire *Tsiaprailis*, pourquoi il serait injuste de considérer toute partie de la somme forfaitaire payée au titre du compromis comme si cette somme avait été payée conformément au contrat d’assurance invalidité, la rendant, à ce titre, imposable en vertu de l’art. 6(1)f) de la Loi de l’impôt sur le revenu—L’intimée et son avocat s’étaient fondés sur l’hypothèse raisonnable selon laquelle le partage du compromis total entre les assureurs n’avait aucune incidence sur les intérêts de l’intimée.

Canada c. Tsiaprailis (C.A.) 112

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Revenu tiré d’une charge ou d’un emploi—Régime d’assurance invalidité—Appel de la Couronne à l’encontre d’une décision de la C.C.I. selon laquelle la somme forfaitaire payée à la contribuable par l’assureur en règlement de l’action engagée en vertu de la police d’assurance invalidité n’était pas imposable selon l’art. 6(1)f) de la Loi—Argument de la contribuable: la somme reçue n’était pas payable périodiquement, un élément essentiel de l’art. 6(1)f)—Appel accueilli—La décision rendue par la C.C.I. dans l’affaire *Dumas*, selon laquelle un tel paiement est imposable en vertu de l’art. 6(1)a) même s’il n’entre pas dans l’art. 6(1)f), a été préférée aux décisions de la C.C.I. qui avaient été favorables au contribuable—La contribuable avait deux genres de réclamations contre l’assureur: 1) prestations mensuelles passées non versées; 2) droit à des prestations futures—Les deux genres de réclamations sont traités différemment sur le plan fiscal—Mise à contribution de la jurisprudence en matière familiale à l’appui de la proposition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

release executed by parties—Courts look at nature of transaction—Arrears portion of settlement taxable, unnecessary to consider tax treatment of portion of settlement for future entitlement.

Crowe v. Canada (C.A.) 321

Judges and Courts—Provincial court judges seeking to deduct from income tax membership dues in judge’s association—Remuneration of provincial court judges contentious matter in Alberta for over decade—Association’s Executive Committee spending 90% of time on judicial independence, compensation, litigating against Alberta Government—T.C.J. holding judges not “public servants” due to constitutional status as independent office holders precluded from bargaining with Government—If public servants, dues would have been deductible—Argued that judicial independence not impaired by allowing as income tax deduction dues paid association fighting for judicial independence—“Public servants” not including judges, meaning civil servants or government employees—Judicial branch of government operates independently of executive, legislative branches—Reference to English, French language dictionaries as to meaning of “public servant”—None including judges in definition—Same conclusion supported by statutory context—That legislation extending to judges certain benefits enjoyed by public servants not making judges public servants—In constitutional context, wrong to call judge “public employee” as not “servant” subject to master’s control—Terms of relationship with state dictated by Constitutional terms, conventions—To say judges “serve” public by administering justice not making them “public servants” for ITA purposes—Court mandated judicial compensation commissions making recommendations to government so different from normal collective bargaining process, Parliament could not have intended to include judges’ associations in “associations of public servants”—Advent of judicial compensation commissions not eroding distinction between judges, workers governed by collective bargaining process.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

selon laquelle un paiement ne cesse pas d’être périodique du seul fait qu’il n’est pas effectué à temps—Il n’importe pas que des mesures de recouvrement doivent être appliquées pour forcer le paiement—La répartition des éléments d’un compromis dépend de la preuve et non d’un principe juridique—Il était impossible à la contribuable d’affirmer que la somme recouvrée ne résultait pas des obligations de l’assureur aux termes de la police—Le résultat n’est pas dicté par le contenu de la décharge signée par les parties—Les tribunaux considèrent la nature de l’opération—La portion «arriérés» du règlement était impossible, et il n’était pas nécessaire de statuer sur le traitement fiscal des sommes payées à l’égard des droits futurs.

Crowe c. Canada (C.A.) 321

Juges et tribunaux—Des juges de cour provinciale ont demandé à déduire de leur revenu pour fins d’impôt la cotisation versée pour être membre de leur association de juges—La rémunération des juges de cour provinciale est source de différends depuis plus d’une décennie en Alberta—Le comité exécutif de l’association a consacré plus de 90 % de son temps à des questions concernant la rémunération et l’indépendance des juges ainsi qu’aux litiges avec le gouvernement de l’Alberta—Le juge de la Cour de l’impôt a statué que les juges ne sont pas des «fonctionnaires» puisqu’en vertu de la Constitution, ils sont des titulaires d’une charge indépendants qui ne peuvent négocier avec le gouvernement—S’ils avaient été fonctionnaires, les cotisations auraient été déductibles—On a soutenu qu’on ne portait pas atteinte à l’indépendance judiciaire en permettant de déduire du revenu les cotisations versées à une association qui lutte en faveur de cette indépendance—L’expression «fonctionnaires» s’entendant des agents publics ou des employés de l’État, elle ne vise pas les juges—Le pouvoir judiciaire du gouvernement exerce ses fonctions indépendamment des pouvoirs exécutif et législatif—On renvoie à des dictionnaires français et anglais pour établir le sens de «fonctionnaires»—Les juges ne sont inclus dans aucune définition utilisée—Le contexte législatif étaye la même conclusion—Le fait que des lois confèrent aux juges certains avantages octroyés à la fonction publique ne fait pas d’eux des fonctionnaires—En contexte constitutionnel, il est inexact de qualifier un juge d’«employé de l’État» puisqu’il ne s’agit pas d’un «préposé» soumis au contrôle de son commettant—Les conditions de la relation des juges avec l’État sont régies par les termes et les conventions de la Constitution—Dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas d’eux des fonctionnaires (*public servants*) aux fins de la LIR—Les commissions d’examen de la rémunération des juges prescrites par les tribunaux qui font des recommandations au gouvernement sont si éloignées des schémas habituels de la négociation collective que le législateur fédéral n’a pu avoir l’intention de viser les associations de juges en recourant à l’expression «association

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Income Tax—Income calculation—Deductions—Income Tax Act, s. 8(1)(i)(iv) permitting deduction of dues paid association of public servants—Provincial court judges seeking to deduct dues paid judges’ association which concentrates efforts on judicial independence, compensation, litigating against Alberta Government—Issue: for tax deduction purposes, are provincial court judges “public servants?”—Considering dictionary definitions, statutory, constitutional contexts, judges not “public servants”—To say judges “serve” public by administering justice, not making them “public servants” for ITA purposes—Broad definition proposed by taxpayers goes against narrow limitation of deduction to dues paid “associations of public servants”, not broader wording as any association of employees, whether unionized or not, in both public, private sectors—Taxpayers’ interpretation ignoring labour relations context of provision from which inferred Parliament contemplating associations, while not certified bargaining agents, negotiating collectively for members—Court mandated judicial compensation commissions which make recommendations to government so far removed from normal collective bargaining, Parliament could not have meant to include judges’ associations within “associations of public servants”.

Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 189

*Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Consolidated application for *mandamus* compelling Minister to assess applications for permanent residence either under former Immigration Act, Regulations or before March 31, 2003—Applicants divided into two categories: (1) those applying for permanent residence in Canada before January 1, 2002; (2) those applying after January 1, 2002 but before June 28, 2002—Immigration and Refugee Protection Act coming into force June 28, 2002—Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 361(3) directing applications made before January 1, 2003 be awarded units of assessment in accordance with 1978 Regulations until March 31, 2003 after which pending applications assessed in accordance with IRPR—Applicants concerned they will lose important rights to Canadian visa if assessed under selection criteria in new Regulations—S. 361*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de fonctionnaires»—La création de commissions d’examen de la rémunération des juges n’a pas porté atteinte à la distinction existant entre les juges et les travailleurs régis par le processus de négociation collective.

*Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Dédutions—L’art. 8(1)i)(iv) de la Loi de l’impôt sur le revenu permet au contribuable de déduire les cotisations versées à une association de fonctionnaires—Des juges de cour provinciale ont demandé à déduire les cotisations versées à une association de juges qui s’occupe principalement de questions concernant la rémunération et l’indépendance des juges ainsi que de litiges avec le gouvernement de l’Alberta—La question en litige est celle de savoir si, pour les fins de la déduction fiscale, les juges de cour provinciale sont ou non des «fonctionnaires»—Compte tenu des définitions de dictionnaires et des contextes législatif et constitutionnel, les juges ne sont pas des «fonctionnaires»—Dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas d’eux des «fonctionnaires» (*public servants*) aux fins de la LIR—La large définition suggérée par les contribuables va à l’encontre de la déduction étroite prévue pour les cotisations versées aux «associations de fonctionnaires»; il ne s’agit pas de toute association d’employés en son sens le plus large, qu’ils soient syndiqués ou non et des secteurs tant public que privé—L’interprétation des contribuables fait abstraction du contexte des relations du travail entourant la disposition, qui permet de déduire que le législateur fédéral songeait à l’association qui, sans être un agent négociateur accrédité, négocie collectivement pour ses membres—Les commissions d’examen de la rémunération des juges prescrites par les tribunaux qui font des recommandations au gouvernement sont si éloignées des schémas habituels de la convention collective que le législateur fédéral n’a pu avoir l’intention de viser les associations de juges en recourant à l’expression «association de fonctionnaires».*

Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 189

*Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demande consolidée de brefs de *mandamus* enjoignant au ministre d’évaluer des demandes de résidence permanente en vertu de l’ancienne Loi sur l’immigration et du Règlement correspondant ou avant le 31 mars 2003—Les demandeurs ont été classés en deux catégories: 1) ceux qui ont demandé la résidence permanente au Canada avant le 1^{er} janvier 2002; 2) ceux qui ont fait leur demande après le 1^{er} janvier 2002, mais avant le 28 juin 2002—La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés est entrée en vigueur le 28 juin 2002—Selon l’art. 361(3) du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (RIPR), les demandes faites avant le 1^{er} janvier 2003 doivent être évaluées conformément au Règlement de 1978 jusqu’au 31 mars 2003 en ce qui concerne les points d’appréciation; après cette date, toute demande en cours doit être évaluée conformément au*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

validly authorized retrospective legislation—Should operate according to its terms—Respondent neglecting implied duty to use reasonable best efforts to assess applications before March 31, 2003—*Mandamus* ordered with respect to first category of applicants.

Administrative Law—Judicial Review—*mandamus*—Applicants seeking writ of *mandamus* requiring respondent to assess applications for permanent residence in accordance with selection criteria in former Immigration Act, Regulations—Criteria for *mandamus* met—Case law on *mandamus* reviewed—Applicants not responsible for delay—Inquiry focussed on length of delay, nature of justifications—Case law showing *mandamus* granted for assessment of visa applications where three to four-year delay, where excuse for delay workload faced by Immigration Department, where delay may result in substantive detriment to applicant—Respondent not using reasonable best efforts to assess outstanding applications—*mandamus* granted with respect to applications made before January 1, 2002.

Construction of Statutes—Retroactivity—Applications for permanent residence filed under old legislative scheme not yet assessed—Applicants arguing rights acquired under former Immigration Act survive by virtue of Interpretation Act, s. 43 despite repeal of former Immigration Act by Immigration and Refugee Protection Act, s. 274(a)—Rebuttable presumption legislation not intended to retrospectively interfere with vested rights—Statutory language conveying legislative intent to apply new Act retrospectively, to authorize regulations with retrospective effect—Parliament expressly overriding presumption—Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361 validly authorized retrospective legislation, should operate according to its terms.

Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) (C.A.) 67

Patents—Practice—“Maintenance fees” payable to keep applications, patents in good standing—“Small entity” pays reduced fees—Commissioner’s practice of accepting “top-up” payments where “large entity” mistakenly paying reduced fee

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

RIPR—Les demandeurs craignaient de perdre des droits importants liés à l’obtention d’un visa canadien en étant évalués en vertu des critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement—L’art. 361 du RIPR est une disposition rétrospective valablement autorisée et devrait s’appliquer selon son libellé—Le défendeur a négligé de se conformer à son devoir implicite de déployer tous les efforts voulus pour évaluer les demandes avant le 31 mars 2003—La Cour a ordonné la délivrance d’un bref de *mandamus* à l’égard des demandeurs appartenant à la première catégorie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*mandamus*—Les demandeurs voulaient obtenir un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d’évaluer leurs demandes de résidence permanente conformément aux critères de sélection énoncés dans l’ancienne Loi sur l’immigration et le Règlement correspondant—Les critères relatifs aux brefs de *mandamus* ont été respectés—Examen de la jurisprudence concernant le *mandamus*—Les demandeurs n’étaient pas responsables du retard—L’enquête a porté sur la durée du retard et sur la nature de la justification invoquée—Il appert de la jurisprudence qu’un bref de *mandamus* est octroyé en vue de l’évaluation d’une demande de visa dans les cas où il s’agit d’un retard de trois à quatre ans, lorsque l’excuse invoquée réside dans la charge de travail du ministère de l’Immigration et que le délai peut donner lieu à un préjudice majeur pour le demandeur—Le défendeur n’a pas déployé tous les efforts voulus pour évaluer les demandes pendantes—Un bref de *mandamus* a été octroyé à l’égard des demandes présentées avant le 1^{er} janvier 2002.

Interprétation des lois—Rétroactivité—Demandes de résidence permanente déposées en vertu de l’ancien régime législatif et non encore évaluées—Les demandeurs ont soutenu que, malgré l’abrogation de l’ancienne Loi sur l’immigration par l’art. 274(a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, les droits acquis en vertu de cette ancienne Loi survivent en raison de l’art. 43 de la Loi d’interprétation—Selon une présomption réfutable, la législation n’est pas censée avoir un effet rétrospectif sur les droits acquis—Le texte législatif indique clairement que le législateur avait l’intention d’appliquer la nouvelle Loi de manière rétrospective et d’autoriser la prise d’un règlement ayant un effet rétrospectif—Le Parlement a expressément réfuté la présomption—L’art. 361 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés est une disposition rétrospective valablement autorisée et devrait s’appliquer selon son libellé.

Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.A.) 67

Brevets—Pratique—«Taxes périodiques» payables afin de maintenir une demande ou un brevet en état—Les «petites entités» paient une taxe moins élevée que les «grandes entités»—La Section de première instance de la Cour fédérale

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

held unlawful by F.C.T.D. decision herein—Practical importance of decision: no patentee, applicant dare pay reduced fee for fear of losing rights if mistaken as to status—Appeal allowed in part—Commissioner lacking authority to extend payment deadlines—By inference, cannot accept “top-up” after payment due date—F.C.T.D. Judge mistaken in assumption status may change from time to time—If “small entity” when patent application made, status maintained while patent in effect—Purpose of fee payment requirement—Reason for reduced fees for “small entities”—Questions asked in determining whether “small entity” mistakenly applying as “small entity” having catastrophic consequences—Commissioner failing to guard against mistakes as to classification—Principle of statutory interpretation: interpretation resulting in lack of fit between conduct, consequences rejected as absurd—Statute to be interpreted to minimize risk of catastrophic consequences—One patent at issue met “small entity” definition, other did not—Fatal error as “top-up” payment impossible—That application deemed abandoned.

Construction of Statutes—Patent Act and Rules—Requirement for payment of “maintenance fees” to keep patents, applications therefor in good standing—“Small entity” pays reduced fees—Commissioner of Patents without power to extend payment deadlines—Mistaken payment of reduced fee having catastrophic result: loss of patent rights—Whether status as “small entity” can change—Determination as to whether “small entity” involves answering complex list of questions—Reference to rule of statutory construction in work by Sullivan and Driedger: interpretation resulting in lack of fit between conduct, consequences rejected as absurd—“Misallocation and disproportion” one category of absurdity—Interpretation should minimize risk of catastrophic consequences of innocent mistake—Favours interpretation status determined once and for all when patent applied for.

Francosteel Canada Inc. v. African Cape (The)
(C.A.) 284

Practice—Costs—Plaintiff, at arbitration, awarded much less than amount claimed, less than defendants’ settlement offer—Settlement offer, made at early stage of litigation, withdrawn

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a statué que la pratique du Commissaire qui consiste à accepter des «paiements complémentaires» lorsque des «grandes entités» ont, par erreur, payé une taxe réduite est illégale—Importance de cette décision en pratique: aucun demandeur ou titulaire de brevet n’osera payer de taxes en fonction du barème des «petites entités» par crainte de perdre ses droits s’il y a erreur sur son statut—Appel accueilli en partie—Le Commissaire n’a pas le pouvoir de proroger les délais de paiement—Il s’ensuit par déduction qu’il ne peut pas accepter des paiements complémentaires après la date de paiement—Le juge de première instance a fait erreur en supposant que le statut peut changer à l’occasion—Le statut de «petite entité» existant lors de la présentation de la demande de brevet est conservé tant que le brevet demeure en vigueur—Objet de l’obligation de payer la taxe—Motif justifiant une taxe réduite pour les «petites entités»—Questions à se poser lorsqu’on détermine si le fait qu’une «grande entité» a présenté une demande en tant que «petite entité» a des conséquences catastrophiques—Le Commissaire ne se protège pas contre des erreurs relatives à la classification—Selon un principe d’interprétation législative, l’interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde—La Loi doit être interprétée de manière à minimiser les risques de conséquences catastrophiques—L’un des brevets satisfait à la définition de «petite entité», l’autre non—Une erreur fatale a été commise puisqu’aucun paiement complémentaire n’est possible—Cette demande est réputée avoir été abandonnée.

Interprétation des lois—Loi et Règles sur les brevets—Obligation de payer des «taxes périodiques» afin de maintenir une demande ou un brevet en état—Les «petites entités» paient une taxe moins élevée que les «grandes entités»—Le Commissaire aux brevets n’a pas le pouvoir de proroger les délais des paiement—Le paiement, par erreur, de la taxe au taux applicable aux «petites entités» a un effet catastrophique: la perte des droits rattachés au brevet—Le statut de «petite entité» peut-il changer?—La définition de «petite entité» oblige à répondre à une liste complexe de questions—Renvoi à la règle d’interprétation législative énoncée dans un ouvrage de Sullivan et Driedger: l’interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde—L’«erreur de qualification et [la] disproportion» forme une catégorie d’absurdité—L’interprétation devrait minimiser les risques de conséquences catastrophiques—L’interprétation selon laquelle le statut est déterminé une seule fois, au moment de la demande de brevet est privilégiée.

Francosteel Canada Inc. c. African Cape (L’)
(C.A.) 284

Pratique—Frais et dépens—À la suite d’un arbitrage, la demanderesse a obtenu beaucoup moins que la somme qu’elle réclamait et moins que l’offre de règlement des défendeurs—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

during course of arbitration hearing—Parties having reserved costs issue for F.C.T.D.—Prothonotary, affirmed by Motions Judge, awarding successful plaintiff costs—Federal Court Rules, 1998, r. 400 misapplied by failure to consider relevant factors in r. 400(3)—That respondent successful as to liability not conclusive of costs issue—Improper exercise of discretion to restrict consideration of settlement offer to quantum of costs—R. 420(2)(a) unfair to defendants, not promoting purpose of encouraging early settlements for cost-efficient justice administration—Rule should be reviewed—Comparable Ontario Rule having potential of forcing early settlements.

Fuentes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 249

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Adjudicator finding applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(f)(iii)(B) as member of organization engaged in terrorist activity—Definition of “terrorism” by S.C.C. in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Evidentiary requirements—Findings of fact by Adjudicator having no evidentiary basis, misapprehending evidence—Both errors falling within ambit of Federal Court Act, s. 18.1(4)(d).

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Adjudicator finding applicant member of organization engaged in terrorism under Immigration Act, s. 19(1)(f)(iii)(B)—No authoritative definition of “terrorism” in Act but S.C.C. providing such definition in *Suresh* case—Inadequacy of evidence organization engaged in terrorism—No credible evidence on record to believe act of terrorism committed on account of kidnappings—Adjudicator failing to state why documentary evidence preferred over applicant’s testimony.

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General) (T.D.) 3

Access to Information—Information requested of Canadian Food Inspection Agency (CFIA) under Access to Information

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L’offre de règlement, qui avait été faite au début de l’instance, a été retirée au cours de l’audience d’arbitrage—Les parties avaient décidé de réserver l’adjudication des dépens à la C.F.P.I.—Le protonotaire, dont la décision a été confirmée par le juge des requêtes, a accordé les dépens à la demanderesse, qui a obtenu gain de cause—Le protonotaire a mal appliqué la règle 400 des Règles de la Cour fédérale (1998) en ne tenant pas compte des facteurs pertinents énumérés à la règle 400(3)—Le fait que l’intimée ait obtenu gain de cause sur la responsabilité n’est pas déterminant sur l’adjudication des dépens—Le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en restreignant son examen de l’offre de règlement au montant des dépens—La règle 420(2)a) est injuste pour les défendeurs et va à l’encontre de l’objectif d’encourager un règlement rapide des litiges en vue de favoriser une administration saine et économique de la justice—Cette règle devrait être révisée—Les dispositions comparables des Règles ontariennes ont l’avantage de forcer le règlement hâtif du litige.

Fuentes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 249

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—L’arbitre avait conclu que le demandeur était non admissible en application de l’art. 19(1)f)(iii)(B) de la Loi sur l’immigration parce qu’il était membre d’une organisation se livrant à des activités terroristes—Définition du mot «terrorisme» donnée par la C.S.C. dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—Exigences de preuve—Les conclusions de fait de l’arbitre n’étaient aucunement fondées sur la preuve et attestaient une incompréhension de la preuve—Les deux erreurs étaient visées par l’art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—L’arbitre avait estimé que le demandeur était membre d’une organisation qui se livrait à des activités terroristes, selon l’art. 19(1)f)(iii)(B) de la Loi sur l’immigration—Il n’existait aucune définition du mot «terrorisme» qui fait autorité dans la Loi, mais la C.S.C. a donné une telle définition dans l’arrêt *Suresh*—Insuffisance de la preuve tendant à montrer que l’organisation se livrait au terrorisme—Absence, dans le dossier, d’une preuve crédible donnant à penser que des actes de terrorisme résultaient d’enlèvements—L’arbitre n’a pas indiqué pourquoi elle avait préféré la preuve documentaire au témoignage du demandeur.

Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 3

Accès à l’information—Renseignements demandés à l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’ACIA) en vertu de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Act—CFIA deciding to release records with certain redactions—Act, s. 44 review application by third party—Fearing competitive position prejudiced if confidential information released—Whether records responsive to request—Whether “correspondence” restricted to letters or including communication—What required by Privacy Act, ss. 3, 8—Whether only s. 20(1) exemption to be considered upon Act, s. 44 application—Act containing two exemption types: mandatory, discretionary—Procedure to be followed in dealing with both types—*Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* considered—F.C.A. having entertained third party arguments outside s. 20(1)—Applicant having shown some, not all, information to be commercial, financial, scientific, technical—Requirement that information confidential met—Records created by CFIA from information supplied by applicant—Court determining material requiring severance.

Construction of Statutes—Access to Information Act—Attorney General relying on *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* for proposition when dealing with s. 20, other mandatory exemptions to be ignored—Case not establishing blanket prohibition—*Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* suggesting if s. 24 mandatory exemption available to third party, so too that in s. 19—Otherwise, illogical result, contrary to statutory construction principle articulated by S.C.C. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*.

Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 227

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of IAD decision discontinuing deportation appeal for want of jurisdiction—Citizen of Yugoslavia, permanent resident of Canada—Sentenced to two years upon conviction of causing death by criminal negligence in operation of motor vehicle—Deportation ordered—Appealed to IAD—MCI sending IAD notice of discontinuance under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 196—IAD discontinuing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Loi sur l'accès à l'information (la Loi)—L'ACIA a décidé de communiquer les documents, sous réserve de certains prélèvements—Demande de révision par un tiers en vertu de l'art. 44 de la Loi—Par crainte que la divulgation de renseignements confidentiels nuise à la compétitivité—La question de savoir si les documents correspondaient à ce qui était demandé—La question de savoir si la «correspondance» s'entend uniquement de lettres ou vise également une communication—Ce que requièrent les art. 3 et 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La question de savoir s'il y a lieu d'examiner uniquement les exemptions visées à l'art. 20(1) dans le cadre d'une demande en vertu de l'art. 44—La Loi renferme deux types d'exemptions, celles qui ont un caractère obligatoire et celles qui ont un caractère discrétionnaire—La procédure à suivre à l'égard des deux types d'exemptions—*Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* examinée—La C.A.F. a accueilli favorablement des arguments avancés par un tiers et échappant à la portée de l'art. 20(1)—La demanderesse a démontré que certains renseignements, mais pas tous, étaient de nature commerciale, financière, scientifique ou technique—Exigence concernant la confidentialité des renseignements satisfaite—Documents créés par l'ACIA sur la base de renseignements fournis par la demanderesse—La Cour statue que des passages doivent être prélevés.

Interprétation des lois—Loi sur l'accès à l'information—Le Procureur général se fonde sur *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* pour soutenir que, lorsqu'on a affaire à l'art. 20, il faut faire abstraction des autres exemptions obligatoires—Cette décision n'établit pas une interdiction générale—Il semble, sur le fondement de *Siemens Canada Ltée. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, que si un tiers peut se prévaloir de l'exemption obligatoire prévue à l'art. 24, il en est de même pour celle de l'art. 19—Décider autrement donnerait lieu à un résultat illogique, à l'encontre des principes d'interprétation législative énoncés par la C.S.C. dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*.

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 227

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de mettre fin à l'appel concernant une mesure d'expulsion pour cause d'absence de compétence—Citoyenne de Yougoslavie ayant le statut de résidente permanente au Canada—Condamnée à deux ans de prison après avoir été reconnue coupable de négligence criminelle causant la mort au volant d'un véhicule automobile—Expulsion ordonnée—Appel déposé à la section d'appel de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicant's appeal—Issue one of statutory interpretation—Relevant statutory provisions set forth, explained—IRPA came into force June 28, 2002, containing transitional provisions—S. 192 provides for continuation of appeals—S. 196 providing exception where stay not granted under former Act, appeal impossible due to IRPA, s. 64—Under s. 64, no appeal to IAD if inadmissible for serious criminality—Whether “stay” in s. 196 including stay arising automatically under s. 49(1)(b) of former Act—Ordinary meaning of s. 196 favouring applicant's position—MCI arguing means only stay conferred under s. 73 of former Act—Former Act inconsistent as to how stays arose—French version of s. 196 considered—Works by Sullivan and Driedger, Côté considered—General context of legislation—Purposive approach to statutory interpretation—Every enactment deemed remedial—Objective of IRPA: protect Canadians' safety by denying criminals access to Canadian territory—“Serious criminality” defined in IRPA, s. 36(1)—Three factors requiring consideration: (1) provision is transitional; (2) parties' behaviour before IRPA in force; (3) applicant having “vested” rights—Those caught in legislative change should be treated fairly—Where appeal right abrogated, interpretation should minimize negative impact—Minister's position herein inconsistent with behaviour before IRPA in force, lack of concern on part of immigration bar to have appeals set down—Even if applicant not having “vested” right, fairness requiring she have “day in Court”—Though interpretation in applicant's favour meaning s. 196 will apply only in few cases, provision not entirely devoid of meaning—All elements of statutory construction must be balanced—Unnecessary to consider whether Charter s. 7 engaged—IAD erred, application allowed, question certified.

Construction of Statutes—Immigration Law—Immigration Act replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)—Whether right to appeal deportation order extinguished in case of permanent resident convicted of serious criminal offence—Judicial review application turning on statutory construction question—Whether “stay” in IRPA, s. 196 including automatic stay under old Act—Transitional provisions—Plain, ordinary meaning of s. 196—Minister arguing “grant” meaning only stays conferred, not including automatic stays—French version of s. 196 considered—Works

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'immigration—Le MCI a fait parvenir à la section d'appel un avis de désistement en vertu de l'art. 196 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—La section d'appel a mis fin à l'appel de la demanderesse—Question d'interprétation législative—Dispositions statutaires pertinentes énoncées et expliquées—LIPR entrée en vigueur le 28 juin 2002, avec des dispositions transitoires—L'art. 192 prévoit la continuation des appels—L'art. 196 prévoit une exception: lorsqu'un sursis n'a pas été accordé en vertu de l'ancienne loi, il est impossible de se pourvoir en appel du fait de l'art. 64 de la LIPR—En vertu de l'art. 64, aucun appel ne peut être fait à la section d'appel si la personne n'est pas admissible pour cause de grande criminalité—Le mot «sursis» utilisé à l'art. 196 englobe-t-il un sursis accordé automatiquement en vertu de l'art. 49(1)b) de l'ancienne loi—Le sens ordinaire de l'art. 196 favorise la position de la demanderesse—Le MCI prétend que ce mot signifie seulement le sursis accordé en vertu de l'art. 73 de l'ancienne loi—Manque de cohérence de l'ancienne loi sur la façon d'accorder les sursis—Version française de l'art. 196 examinée—Ouvrages de Sullivan et Driedger et de Côté examinés—Contexte général de la loi—Démarche téléologique utilisée pour l'interprétation législatif—Tout texte adopté est réputé apporter une solution de droit—Objectif de la LIPR: garantir la sécurité des Canadiens en interdisant le territoire canadien aux criminels—Expression «grande criminalité» définie à l'art. 36(1) de la LIPR—Trois facteurs à examiner: 1) la disposition est transitoire; 2) le comportement des parties avant l'entrée en vigueur de la LIPR; 3) la demanderesse a des droits «acquis»—Les personnes touchées par le changement législatif doivent être traitées équitablement—Lorsqu'un droit d'appel est enlevé, l'interprétation devrait minimiser l'effet négatif—Position du ministre en l'espèce non compatible avec son comportement avant l'entrée en vigueur de la LIPR, et manque d'intérêt des avocats spécialisés en immigration pour faire inscrire les appels au rôle—Même si la demanderesse n'a pas de droit «acquis», l'équité exige qu'elle soit entendue par la Cour—Bien que l'interprétation favorable à la demanderesse signifie que l'art. 196 ne sera appliqué que dans certains cas, la disposition n'est pas entièrement privée de sens—Tous les éléments de l'interprétation législative doivent être pondérés—Il n'est pas nécessaire d'examiner si l'art. 7 de la Charte entre en jeu—La section d'appel a commis une erreur, la demande est accueillie et une question est certifiée.

Interprétation législative—Droit en matière d'immigration—Loi sur l'immigration remplacée par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—Le droit d'appel contre une mesure d'expulsion est-il supprimé dans le cas d'une résidente permanente qui a été reconnue coupable d'un crime grave?—La demande de contrôle judiciaire s'articule sur une question d'interprétation législative—Le mot «sursis» utilisé à l'art. 196 de la LIPR englobe-t-il un sursis accordé automatiquement en vertu de l'ancienne loi?—Dispositions transitoires—Sens ordinaire de l'art. 196—Le ministre prétend

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

by Sullivan and Driedger, Côté considered—General context of legislation, Interpretation Act provision that every enactment deemed remedial, referred to—Purpose of s. 196 to prevent criminals from appealing deportation—Other considerations: provision is transitional; parties' conduct; applicant's "vested" rights—Those caught in legislative transition to be treated fairly—Where appeal right abrogated, transitional provisions interpreted to minimize negative impact—If Parliament intending to remove right of appeal, had to use clearest of terms—Even if applicant's rights not "vested", fairness requiring she have "day in Court"—If statute capable of two readings, one according with natural justice to be chosen—Even though interpretation of s. 196 in applicant's favour meaning section applicable in few cases, other statutory construction principles to be balanced.

Oliver v. Canada (Attorney General) (C.A.) 47

Employment Insurance—Judicial review of Umpire's decision certain Alberta teachers not entitled to E.I. benefits for July, August under exemption provided by Employment Insurance Regulations, s. 33(2)(a)—Exemption applies if employment contract terminated—All 72 teachers were re-employed for following season—Paid for 12 months although contracts ran September to June—No income lost—Insurance benefits provided during summer—Majority holding application should be dismissed—According to F.C.A. case law, Umpire's findings of fact, could not be held those whose contracts were renewed before probationary contracts expired were unemployed—No real employment gap for those whose contracts were renewed shortly after expiry—Regulations, s. 36(4) inapplicable herein—Case law, s. 33 based on premise teacher not entitled to E.I. benefits during non-teaching period absent veritable break in continuity of employment.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) 95

Patents—Patented medicines—Health Minister refusing to list patents under NOC Regulations, s. 4 as Canadian patent

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que le verbe «grant» vise seulement les sursis accordés spécifiquement, et non pas ceux accordés automatiquement—Version française de l'art. 196 examinée—Ouvrages de Sullivan et Driedger et de Côté examinés—Contexte général de la loi, l'article de la Loi d'interprétation selon laquelle tout texte est censé apporter une solution de droit examiné—L'objectif de l'art. 196 est d'empêcher les criminels de porter une mesure d'expulsion en appel—Autres considérations pertinentes: la disposition est transitoire; la conduite des parties; les droits «acquis» de la demanderesse—Les personnes visées par un changement législatif doivent être traitées équitablement—Lorsqu'un droit d'appel est enlevé, les dispositions transitoires sont interprétées pour minimiser l'effet négatif—Si le législateur avait l'intention de supprimer le droit d'appel, il devait le faire le plus clairement possible—Même si les droits de la demanderesse ne sont pas «acquis», l'équité exige qu'elle ait l'occasion de se faire entendre par la Cour—Si la loi peut être interprétée de deux façons, il faut choisir l'interprétation compatible avec les principes de justice naturelle—Même si l'interprétation de l'art. 196 favorisant la demanderesse signifie que l'article ne sera applicable que dans quelques cas, d'autres principes d'interprétation législative doivent être pondérés.

Oliver c. Canada (Procureur général) (C.A.) 47

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a statué que certains enseignants de l'Alberta n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi au titre de l'exception prévue à l'art. 33(2)a) du Règlement sur l'assurance-emploi—L'exception s'applique si le contrat de travail a pris fin—Les 72 enseignants ont tous été réengagés pour l'année suivante—Ils ont été payés 12 mois même si leurs contrats couvraient les mois de septembre à juin—Ils n'ont eu aucune perte de revenu—Ils ont bénéficié d'avantages sociaux pendant l'été—La majorité statue que la demande devrait être rejetée—Selon les arrêts antérieurs de la C.A.F. et les conclusions de fait du juge-arbitre, on ne pouvait conclure que ceux qui ont renouvelé leur contrat avant l'expiration de leur contrat de stage étaient en chômage—Il n'y a pas eu de véritable interruption d'emploi pour ceux dont les contrats ont été renouvelés peu après leur expiration—L'art. 36(4) du Règlement n'est pas applicable en l'espèce—Selon la jurisprudence, l'art. 33 repose sur le principe selon lequel les enseignants ne sont pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pendant la période de congé, à moins qu'il n'y ait une rupture claire dans la continuité de l'emploi.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) 95

Brevets—Médicaments brevetés—Le ministre de la Santé a refusé d'inscrire des brevets en vertu de l'art. 4 du Règlement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applications not preceding date of NOC submissions—American equivalent patents already applied for—Meaning of “filing date” in s. 4(4)—F.C.T.D. Judge holding meaning Canadian patent application filing date—Whether ambiguity due to minor discrepancy in English, French versions—Appeals dismissed by F.C.A.—International instruments not prohibiting interpretation of s. 4(4) in Patent Act context—Patent Act not legislation implementing international agreements—No necessity for reference to international law where legislation clear—Requirement to file patent application prior to NOC submission not discriminating on nationality basis—NOC Regulations extra administrative process for public health protection—Special remedies not detracting from priority regarding Canadian patent applications—Requirement to apply for Canadian patent before recourse to remedies under Regulations not inconsistent with Paris Convention.

Construction of Statutes—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Meaning of term “filing date” in s. 4(4)—F.C.A. affirming F.C.T.D. decision term meaning Canadian patent application filing date—Minor discrepancy in wording of English, French versions but case not turning on use of definite, indefinite article—Appellants citing international instruments, arguing prohibit interpretation of s. 4(4) in Patent Act context—Presumption Parliament not intending to legislate contrary to international treaties but inapplicable where legislation clear—NOC Regulations not adopted to implement treaty—Not discriminating on nationality basis.

Tremblay v. Canada (Attorney General) (T.D.) . . . 296

Public Service—Selection Process—Merit Principle—Steps having to be taken by government department holding competition to accommodate disabled candidate without putting others at disadvantage—Purpose of PSEA, s. 21 appeal to prevent appointment contravening merit principle, not to protect applicant’s rights—Board not precluded from considering human rights principles within merit principle analysis—Necessity for flexibility with merit principle application—Decisions to be made on case-by-case basis—Rigid approach adopted herein—Department failing to conduct analysis tailored to applicant’s circumstances—Court

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sur les AC puisque la date des demandes pour les brevets canadiens n’a pas précédé celle des demandes d’AC—Des demandes pour des brevets américains équivalents avaient déjà été faites—Signification de «date de dépôt» de l’art. 4(4)—Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a statué que cette date était celle du dépôt d’une demande de brevet canadien—Y-a-t-il ambiguïté du fait d’un léger écart entre les versions française et anglaise?—La C.A.F. rejette les appels—Les instruments internationaux permettent cette interprétation de l’art. 4(4) dans le contexte de la Loi sur les brevets—La Loi sur les brevets n’est pas une loi visant à mettre en œuvre des conventions internationales—On n’a pas besoin de regarder le droit international lorsque la législation est claire—L’exigence de déposer la demande de brevet avant la demande d’AC n’est pas discriminatoire sur le plan de la nationalité—Le Règlement sur les AC constitue un processus administratif supplémentaire pour la protection de la santé publique—Les recours spéciaux ne diminuent pas la priorité à l’égard des demandes de brevets canadiens—L’exigence de demander un brevet canadien avant de pouvoir jouir de la protection prévue au Règlement n’est pas incompatible avec la Convention de Paris.

Interprétation des lois—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Signification du terme «date de dépôt» de l’art. 4(4)—La C.A.F. confirme la décision par laquelle la C.F. 1^{re} inst. a statué qu’il s’agit de la date de dépôt pour un brevet canadien—Il existe un léger écart entre le libellé des versions anglaise et française, mais l’affaire ne tourne pas autour de l’utilisation de l’emploi d’un article défini ou indéfini—Les appelantes invoquent des instruments internationaux, plaçant qu’ils ne permettent pas cette interprétation de l’art. 4(4) dans le contexte de la Loi sur les brevets—On doit présumer que le Parlement n’a pas l’intention de légiférer à l’encontre des traités internationaux, mais cette présomption est inapplicable lorsque la législation est claire—Le Règlement sur les AC n’a pas été pris pour mettre en œuvre des traités—Il n’y a pas de discrimination sur le plan de la nationalité.

Tremblay c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 296

Fonction publique—Processus de sélection—Principe du mérite—Mesures que doit prendre un ministère qui tient un concours pour s’adapter aux besoins d’un candidat ayant une déficience tout en veillant à ce que les autres candidats ne soient pas défavorisés—L’objet de l’appel prévu à l’art. 21 de la LEFP est d’empêcher qu’une nomination contrevienne au principe du mérite et non de protéger les droits du demandeur—Il n’est pas interdit à la Commission de prendre en compte les principes relatifs aux droits de la personne dans le cadre de son analyse du principe du mérite—La souplesse est de mise dans l’application du principe du mérite—Les décisions

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

unable to say whether proposed accommodations would have allowed applicants to compete on equal footing or disadvantaged others—New competition to be conducted.

Human Rights—Applicability of human rights principles to public service selection process, merit principle—Candidate disabled by MS seeking Transport Canada technical support position—Stricken from list of candidates when rejecting accommodation offered—Whether applicant failed duty to facilitate acceptable accommodation search—S.C.C. caselaw on justification of discriminatory standards as BFOR inapplicable to case involving public service competition, merit principle—Still, appeal board may take human rights principles into account within merit principle analysis—Department failed to discharge duty of reasonable accommodation with adopting rigid approach to merit principle—New competition necessary as Court unable to say whether proposed accommodation would have permitted applicant to compete on equal footing or given advantage over others.

SOMMAIRE (Fin)

doivent être prises au cas par cas—On a fait preuve de rigidité en l'espèce—Le Ministère n'a pas procédé à une analyse adaptée à la situation du demandeur—La Cour ne peut établir si les mesures d'adaptation proposées permettent au demandeur de participer au concours sur un pied d'égalité ou désavantagent les autres candidats—Il faudra procéder à un nouveau concours.

Droits de la personne—Applicabilité des principes relatifs aux droits de la personne en regard du processus de sélection de la fonction publique et du principe du mérite—Candidat à un poste en soutien technique auprès de Transports Canada qui a la sclérose en plaques—Il est rayé de la liste des candidats après avoir rejeté les mesures d'adaptation offertes—Le demandeur a-t-il manqué à son obligation de faciliter la recherche de mesures d'adaptation appropriées—La jurisprudence de la C.S.C. sur les exigences professionnelles réelles comme justification de normes discriminatoires n'est pas applicable dans une affaire mettant en jeu un concours de la fonction publique et le principe du mérite—Un comité d'appel peut, malgré tout, prendre en compte les principes relatifs aux droits de la personne dans le cadre de l'analyse du principe du mérite—Le Ministère a manqué à son obligation de prendre des mesures d'adaptation raisonnables en ayant une approche rigide face au principe du mérite—Il est nécessaire de procéder à un nouveau concours, la Cour n'ayant pu établir si les mesures permettaient au demandeur de participer au concours sur un pied d'égalité ou désavantageaient les autres candidats.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2003] 2 F.C. 3 (T.D.), has been reversed on appeal (A-560-02, 2003 FCA 420), reasons for judgment handed down 12/11/03.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Air Canada Pilots Assn. v. Air Line Pilots Assn., [2003] 4 F.C. 162 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/11/03.

Balisky v. Canada (Minister of Natural Resources), [2003] 4 F.C. 30 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/11/03.

Canada v. Nova Scotia Power Inc., A-108-02, 2003 FAC 33, Pelletier J.A., judgment dated 23/1/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 20/11/03.

Canada v. Nova Scotia Power Inc., A-108-02, 2003 FCA 163, Strayer J.A., judgment dated 26/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 23/11/03.

Nelson v. Canada, A-88-02, 2003 FCA 127, Sharlow J.A., judgment dated 11/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/11/03.

Oliver v. Canada (Attorney General), [2003] 4 F.C. 47 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/11/03.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General), [2003] 4 F.C. 95 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/11/03.

Rhéaume v. Canada (Attorney General), A-200-02, 2003 FCA 227, Nadon J.A., judgment dated 15/5/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/11/03.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 3 (1^{re} int.), a été infirmée en appel (A-560-02, 2003 CAF 420), les motifs du jugement ayant été prononcés le 12-11-03.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Assoc. Des pilotes d'Air Canada c. Assoc. des pilotes de lignes aériennes, [2003] 4 C.F. 162 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-11-03.

Balisky c. Canada (Ministre des Ressources naturelles), [2003] 4 C.F. 30 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-11-03.

Canada c. Nova Scotia Power Inc., A-108-02, 2003 CAF 33, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 23-1-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 20-11-03.

Canada c. Nova Scotia Power Inc., A-108-02, 2003 CAF 163, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 26-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 23-11-03.

Nelson c. Canada, A-88-02, 2003 CAF 127; le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-11-03.

Oliver c. Canada (Procureur général), [2003] 4 C.F. 47 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-11-03.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général), [2003] 4 C.F. 95 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-11-03.

Rhéaume c. Canada (Procureur général), A-200-02, 2003 CAF 227, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 15-5-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-11-03.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 4, Part 1

2003, Vol. 4, 1^{er} fascicule

T-1470-00
2003 FCT 250

T-1470-00
2003 CFPI 250

H.J. Heinz Company of Canada Ltd. (Applicant)

**La Compagnie H.J. Heinz du Canada Ltée
(demanderesse)**

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Le Procureur général (défendeur)

**INDEXED AS: H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: CIE H.J. HEINZ DU CANADA LTÉE c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Layden-Stevenson J.—Ottawa, February 17; Fredericton, February 27, 2003.

Section de première instance, juge Layden-Stevenson—
Ottawa, 17 février; Fredericton, 27 février 2003.

Access to Information—Information requested of Canadian Food Inspection Agency (CFIA) under Access to Information Act — CFIA deciding to release records with certain redactions — Act, s. 44 review application by third party — Fearing competitive position prejudiced if confidential information released — Whether records responsive to request — Whether “correspondence” restricted to letters or including communication — What required by Privacy Act, ss. 3, 8 — Whether only s. 20(1) exemption to be considered upon Act, s. 44 application — Act containing two exemption types: mandatory, discretionary — Procedure to be followed in dealing with both types — Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services) considered — F.C.A. having entertained third party arguments outside s. 20(1) — Applicant having shown some, not all, information to be commercial, financial, scientific, technical — Requirement that information confidential met — Records created by CFIA from information supplied by applicant — Court determining material requiring severance.

Accès à l'information — Renseignements demandés à l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'ACIA) en vertu de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — L'ACIA a décidé de communiquer les documents, sous réserve de certains prélèvements — Demande de révision par un tiers en vertu de l'art. 44 de la Loi — Par crainte que la divulgation de renseignements confidentiels nuise à la compétitivité — La question de savoir si les documents correspondaient à ce qui était demandé — La question de savoir si la «correspondance» s'entend uniquement de lettres ou vise également une communication — Ce que requièrent les art. 3 et 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels — La question de savoir s'il y a lieu d'examiner uniquement les exemptions visées à l'art. 20(1) dans le cadre d'une demande en vertu de l'art. 44 — La Loi renferme deux types d'exemptions, celles qui ont un caractère obligatoire et celles qui ont un caractère discrétionnaire — La procédure à suivre à l'égard des deux types d'exemptions — Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnement et Services) examinée — La C.A.F. a accueilli favorablement des arguments avancés par un tiers et échappant à la portée de l'art. 20(1) — La demanderesse a démontré que certains renseignements, mais pas tous, étaient de nature commerciale, financière, scientifique ou technique — Exigence concernant la confidentialité des renseignements satisfaite — Documents créés par l'ACIA sur la base de renseignements fournis par la demanderesse — La Cour statue que des passages doivent être prélevés.

Construction of Statutes—Access to Information Act — Attorney General relying on Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services) for proposition when dealing with s. 20, other mandatory exemptions to be ignored — Case not establishing blanket prohibition — Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) suggesting if s. 24 mandatory exemption available to third party, so too that in s. 19 — Otherwise, illogical result, contrary to statutory construction principle

Interprétation des Lois — Loi sur l'accès à l'information — Le Procureur général se fonde sur Saint John Shipbuilding Ltd c. Canada (Ministre des Approvisionnement et Services) pour soutenir que, lorsqu'on a affaire à l'art. 20, il faut faire abstraction des autres exemptions obligatoires — Cette décision n'établit pas une interdiction générale — Il semble, sur le fondement de Siemens Canada Ltée. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), que si un tiers peut se prévaloir de

articulated by S.C.C. in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*.

The Canadian Food Inspection Agency (CFIA) was in receipt of a request under the *Access to Information Act* which involved a third party, H.J. Heinz Company of Canada Ltd. Heinz was called upon to identify any information it wished protected against disclosure and to furnish justification therefor. Finding the justification provided to be inadequate, the Agency informed Heinz of its intention to release the records, subject to certain redactions. This was an application for review, under section 44 of the Act. Heinz says that these records contain confidential financial, commercial, scientific and technical information which it disclosed to the Agency. If given out by CFIA, the competitive position of H.J. Heinz could be prejudiced. Heinz sought to have the CFIA decision set aside and an order prohibiting disclosure of the records or, at least, without redaction of the third party information.

Held, the application should be granted.

A preliminary issue was raised by applicant: the records are not responsive to the request. The request was for “correspondence” related to certain topics; Heinz submitted that the records are not “correspondence” and thus fall outside the scope of the request. Applicant relied upon the decision of McKeown J. in *Cistel Technology Inc. v. Canada (Correctional Service)* holding that a payment voucher and task requests/authorization were not invoices. The request being for invoices, those documents were not included in the request. Heinz suggested that the meaning of “correspondence” is restricted to “letters” while respondent argued for the broader definition “communication”. The *Oxford English Dictionary* defines “correspondence” as including both “letters that pass between correspondents” and “vital, practical or active communication”. The argument advanced by Heinz on this issue could not prevail.

Applicant argued that the interaction of *Privacy Act*, sections 3 and 8 requires the Agency to refuse disclosure of information not in the public domain regarding an identifiable individual absent that person’s consent. The Agency’s submission was that, upon an application under section 44 of the Act, the right of review applies where a third party seeks to

l’exemption obligatoire prévue à l’art. 24, il en est de même pour celle de l’art. 19 — Décider autrement donnerait lieu à un résultat illogique, à l’encontre des principes d’interprétation législative énoncés par la C.S.C. dans Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re).

L’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’ACIA) a reçu une demande présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* et concernant un tiers, la Compagnie H.J. Heinz du Canada Ltée. Heinz a été conviée à préciser tout renseignement qu’elle désirerait ne pas voir communiquer, ainsi que les raisons qui justifieraient un refus de communication. Estimant que les raisons données ne suffisaient pas, l’Agence a informé Heinz de son intention de communiquer les documents concernés, sous réserve de certains prélèvements. Il s’agissait d’un recours en révision, en application de l’article 44 de la Loi. Heinz soutient que les documents renferment des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques et techniques, qu’elle a fournis à l’Agence. S’ils étaient communiqués par l’ACIA, cela risquerait de nuire à la compétitivité de H.J. Heinz. Celle-ci a demandé que la décision de l’ACIA soit annulée et qu’une ordonnance interdise la communication des documents ou, à tout le moins, n’autorise cette communication qu’une fois prélevés les renseignements concernant un tiers.

Jugement: la demande doit être accueillie.

La demanderesse a soulevé une question préjudicielle, alléguant que les documents ne correspondaient pas à ce qui avait été demandé. La demande portait sur la «correspondance» se rapportant à certains sujets. Heinz a soutenu que les documents ne sont pas de la «correspondance» et échappent ainsi à la portée de la demande. La demanderesse s’est fondée sur la décision du juge McKeown dans *Cistel Technology Inc. c. Canada (Service correctionnel)*, où on a statué qu’une pièce justificative de paiement et un formulaire de demande/d’autorisation de travaux n’étaient pas des factures. Puisque la demande visait des factures, les documents échappaient à sa portée. Heinz a laissé entendre que la «correspondance» s’entend uniquement de «lettres», tandis que le défendeur a fait valoir un sens plus large de «communication». L’*Oxford English Dictionary* définit la «correspondance» comme s’entendant à la fois des «lettres que s’échangent des correspondants» et d’une «communication essentielle, pratique ou active». L’argument avancé par Heinz sur ce point doit être rejeté.

La demanderesse a soutenu que, par effet combiné des articles 3 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’Agence devait refuser de divulguer tout renseignement concernant un individu identifiable sans son consentement, à moins qu’il ne soit du domaine public. L’Agence a soutenu qu’en ce qui concerne une demande

prevent disclosure of confidential information protected by subsection 20(1) and does not extend to any other exemption or exclusion under the Act, including section 19. Sections 27, 28 and 44 were said to constitute a complete code which does not confer a right to receive notice, to make submissions or to seek review, except with regard to confidential information described in section 20. For its position, the Agency relied upon the judgment of the Federal Court of Appeal in *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)*.

The Act contains two types of exemptions, mandatory and discretionary. In the latter case, two decisions are necessary: (1) does the record fall within the description contemplated by the statutory exemption invoked; and (2) if it does, should the record nevertheless be disclosed? The procedure to be followed in dealing with both mandatory and discretionary exemptions was explained in the reasons of this Division in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. As for the section 19 mandatory exemption, the position taken by the Minister has been inconsistent. In the case at bar, respondent relied on *Saint John Shipbuilding* for the proposition that, when dealing with section 20, the other mandatory exemptions are to be ignored. That case did not, however, establish a blanket prohibition against use of the other mandatory exclusions just because section 20 is invoked. Under section 28, a third party may make "representations" against disclosure. No restrictions are stated. Furthermore, in two cases the Federal Court of Appeal entertained third party arguments outside the ambit of subsection 20(1). The reasoning of the Trial Division, affirmed on appeal, in *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, would suggest that if the mandatory exemption provided by section 24 is available to a third party, so too must be the mandatory exemption in section 19. To hold otherwise would yield an illogical result, contrary to the statutory construction principle articulated by the Supreme Court of Canada in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*.

H.J. Heinz submitted that all the hallmarks of confidentiality articulated in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* are here present. Respondent's counter-argument was that the third party's evidence failed to demonstrate that the information sought to be exempted is commercial, financial, scientific or technical. It was further said that the information was not furnished by the third party but rather was created by CFIA.

présentée en vertu de l'article 44 de la Loi, celui-ci prévoit un droit de révision lorsqu'un tiers désire empêcher la divulgation de renseignements personnels protégés par le paragraphe 20(1), mais ne permet pas d'invoquer toute autre exemption ou exclusion en vertu de la Loi, y compris à l'article 19. On a soutenu que les articles 27, 28 et 44 constituent un code exhaustif, qui ne confère le droit d'être avisé, de présenter des observations ou d'exercer un recours en révision que lorsqu'on a affaire à des renseignements confidentiels visés à l'article 20. L'Agence a fait valoir la décision *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* de la Cour d'appel fédérale au soutien de sa prétention.

La Loi renferme deux types d'exemptions, celles à caractère obligatoire et celles à caractère discrétionnaire. Dans le second cas, deux décisions sont requises: 1) le dossier est-il visé par l'exemption prévue par la Loi qu'on invoque, et 2) le document, dans l'affirmative, devrait-il néanmoins être communiqué? La procédure à suivre au sujet des exemptions obligatoires et discrétionnaires a été précisée dans les motifs de la décision de la présente Section *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Pour ce qui est de l'exemption obligatoire de l'article 19, la position du Ministère n'a pas été uniforme. En l'espèce, le défendeur s'est fondé sur *Saint John Shipbuilding* pour faire valoir que, lorsque l'article 20 est en jeu, on doit faire abstraction des autres exemptions obligatoires. Dans cette affaire, toutefois, on n'a pas établi une interdiction générale de recourir à d'autres exemptions obligatoires uniquement du fait que l'article 20 était invoqué. L'article 28 prévoit qu'un tiers peut présenter des «observations» à l'encontre de la communication, aucune restriction n'étant prévue. Dans deux décisions, en outre, la Cour d'appel fédérale a accueilli favorablement des arguments avancés par un tiers et échappant à la portée du paragraphe 20(1). Il semble, sur le fondement du raisonnement de la Section de première instance, confirmé en appel, dans *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, que si un tiers peut se prévaloir de l'exemption obligatoire prévue à l'article 24, il en est de même pour l'exemption obligatoire prévue à l'article 19. Décider autrement donnerait lieu à un résultat illogique, à l'encontre des principes d'interprétation législative énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*.

H.J. Heinz a allégué que toutes les caractéristiques de la confidentialité énoncées dans *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* se retrouvent en l'espèce. Le défendeur a allégué, au contraire, que la preuve du tiers ne permet pas valablement de conclure que les renseignements qu'on demande de ne pas communiquer sont commerciaux, financiers, scientifiques ou techniques. En outre, les renseignements n'ont pas été fournis par le tiers mais ont plutôt été créés par l'ACIA.

Applicant showed that some, but not all, of the information is commercial, financial, scientific or technical in nature. Regarding confidentiality, the Court was satisfied that most of the information is unavailable to the public. The requirement that the information be confidential had been met. While these records were indeed created by CFIA, they contain information supplied by Heinz. The final requirement was also met, for respondent did not seriously challenge the fact that this information had been consistently treated in a confidential manner by the third party.

The Court's obligation with respect to severance is found in Act, section 51 and an order determining what portions of the material required severance was made.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4, 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29(1), 44, 51.
Defence Production Act, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 30.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 8.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Tridel Corp. v. Canada Mortgage and Housing Corp. (1996), 115 F.T.R. 185 (F.C.T.D.); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; 45 C.P.R. (3d) 390; 148 N.R. 147 (F.C.A.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 70 C.R.R. (2d) 278; 251 N.R. 220 (F.C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 470; 213 F.T.R. 125 (F.C.T.D.); aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (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.).

La demanderesse a démontré que certains renseignements, mais pas tous, sont de nature commerciale, financière, scientifique ou technique. En ce qui concerne la confidentialité, la Cour était convaincue que le public n'a pas accès à la plupart des renseignements. L'exigence concernant la nature confidentielle des renseignements a été satisfaite. Bien que les documents aient été créés par l'ACIA, ils renferment des renseignements fournis par Heinz. La dernière exigence était également satisfaite, le défendeur n'ayant pas sérieusement contesté le fait que le tiers avait traité de manière constante les documents comme étant confidentiels.

L'obligation de la Cour en ce qui concerne le prélèvement est énoncée à l'article 51 de la Loi, et ordonnance a été rendue quant aux passages de documents devant être prélevés.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29(1), 44, (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45 ann. III, art. 1), 51.
Loi sur la production de défense, L.R.C. (1985), ch. D-1, art. 30.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels», 8.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Tridel Corp. c. Société canadienne d'hypothèques et de logement (1996), 115 F.T.R. 185 (C.F. 1^{re} inst.); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-Être social)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; 45 C.P.R. (3d) 390; 148 N.R. 147 (C.A.F.); *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 70 C.R.R. (2d) 278; 251 N.R. 220 (C.A.F.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 470; 213 F.T.R. 125 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (C.A.F.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1^{re} inst.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.).

CONSIDERED:

Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84; 80 C.P.R. (2d) 253 (T.D.); *Cistel Technology Inc. v. Canada (Correctional Service)*, 2002 FCT 253; [2002] F.C.J. No. 328 (T.D.) (QL); *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 207 N.R. 89 (F.C.A.); *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102; 17 B.L.R. (2d) 13; 56 C.P.R. (3d) 58; 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture), [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Northern Cruiser Co. v. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (F.C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; (1988), 31 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427; (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81; 49 C.P.R. (3d) 79; 57 F.T.R. 180 (T.D.).

AUTHORS CITED

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. "correspondence".

APPLICATION to set aside a decision of the Canadian Food Inspection Agency to disclose certain records and for an order prohibiting disclosure or disclosure without redaction of third party information. Application granted.

APPEARANCES:

Nicholas P. McHaffie for applicant.
Christopher M. Rupar for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Stikeman Elliott, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84; 80 C.P.R. (2d) 253 (1^{re} inst.); *Cistel Technology Inc. c. Canada (Service correctionnel)*, 2002 CFPI 253; [2002] A.C.F. n° 328 (1^{re} inst.) (QL); *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 207 N.R. 89 (C.A.F.); *Société Gamma Inc. c. Canada (Ministère du Secrétaire d'État)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102; 17 B.L.R. (2d) 13; 56 C.P.R. (3d) 58; 79 F.T.R. 42 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture), [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Northern Cruiser Co. c. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (C.A.F.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; (1988), 31 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427; (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81; 49 C.P.R. (3d) 79; 57 F.T.R. 180 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989 «correspondence».

DEMANDE visant à ce qu'une décision de l'Agence canadienne d'inspection des aliments de communiquer certains documents soit annulée et qu'une ordonnance soit rendue ayant pour effet d'interdire la communication, ou de ne l'autoriser qu'une fois prélevés les renseignements concernant un tiers. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Nicholas P. McHaffie pour la demanderesse.
Christopher M. Rupar pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Stikeman Elliott, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LAYDEN-STEVENSON J.: This matter arises out of an application, by H.J. Heinz Company of Canada Ltd. (Heinz), under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act). It concerns the decision of the president of the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) by his delegate, the co-ordinator of Access to Information and Privacy, dated September 7, 2000.

[2] By letter dated August 15, 2000, CFIA informed Heinz, in accordance with section 27 of the Act, of the receipt of a request pursuant to the Act and of CFIA's identification of the records responsive to the request, but containing information concerning a third party (Heinz). CFIA invited Heinz to identify any information it wished to protect along with its explanation supporting non-disclosure.

[3] By letter dated September 1, 2000, Heinz made submissions to CFIA, pursuant to section 28, indicating that the records should not be disclosed because they fell within the descriptions contained in subsection 20(1) of the Act. CFIA determined that the applicant's justifications were insufficient to withhold all of the requested information and by letter dated September 7, 2000, CFIA informed Heinz of its intention to release the records, subject to certain redactions. Heinz commenced this application for review on September 27, 2000, pursuant to section 44 of the Act.

[4] Heinz alleges that the records contain financial, commercial, scientific and technical information that is confidential information supplied to CFIA by Heinz and has been treated consistently as confidential by Heinz. The applicant further alleges that the records contain information, the disclosure of which could reasonably be expected to result in material loss to Heinz and could reasonably be expected to prejudice the competitive position of Heinz. Lastly, Heinz alleges that the disclosure of the information in the records would not be

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

[1] LE JUGE LAYDEN-STEVENSON: La présente affaire découle d'une demande présentée par la Compagnie H.J. Heinz du Canada Ltée (Heinz) en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). La demande concerne la décision datée du 7 septembre 2000 prise par le président de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) par l'entremise de son représentant, le Coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels.

[2] Au moyen d'une lettre datée du 15 août 2000, l'ACIA a informé Heinz, conformément à l'article 27 de la Loi, de la réception d'une demande présentée en vertu de la Loi et de la désignation par l'ACIA des documents pertinents aux fins de la demande et contenant des renseignements qui concernent un tiers (Heinz). L'ACIA a convié Heinz à préciser tout renseignement qu'elle désirerait ne pas voir communiquer, ainsi que les raisons qui justifieraient un refus de communication.

[3] Au moyen d'une lettre datée du 1^{er} septembre 2000, Heinz a présenté à l'ACIA, conformément à l'article 28, des observations précisant que les documents ne devraient pas être communiqués parce qu'ils tombaient sous le coup du paragraphe 20(1) de la Loi. L'ACIA a établi que les raisons données par la demanderesse ne suffisaient pas pour refuser de communiquer tous les renseignements demandés et, par lettre datée du 7 septembre 2000, elle a informé Heinz de son intention de communiquer les renseignements, sous réserve de certains prélèvements. Heinz a engagé le présent recours en révision le 27 septembre 2000, en application de l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, art. 1] de la Loi.

[4] Heinz soutient que les documents renferment des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques et techniques; il s'agit de renseignements de nature confidentielle traités comme tels de façon constante par Heinz et qu'elle a fournis à l'ACIA. La demanderesse soutient en outre que les documents renferment des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes appréciables pour Heinz ou de nuire à sa compétitivité. Heinz soutient, finalement, qu'il n'y a pas lieu de communiquer

“in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment” to such an extent that the public interest would clearly outweigh the importance of the financial loss and prejudice to the competitive position of Heinz. The applicant relies upon the evidence contained in the affidavit and attached exhibits of Becky McMullin sworn December 8, 2000.

[5] Heinz requests that the CFIA decision be set aside and that an order issue prohibiting disclosure of the records or, alternatively, that an order issue prohibiting the disclosure of the records without redaction of the third party information contained in the records. It also requests costs.

[6] By order of the Federal Court Trial Division dated December 7, 2001, any affidavits or documentary material marked as “confidential” by either party were ordered to be filed in sealed envelopes and treated as confidential and not available for review by the public without further order of the Court. A similar provision was included regarding the transcripts of any cross-examination of affiants. Finally, any oral hearings with respect to this matter were ordered to be conducted in camera, subject to further order of the Court. The applicant was granted an extension of time for the filing of supporting affidavits and documentary exhibits.

[7] Hence, the records of both the applicant and the respondent were filed in sealed envelopes and the hearing was conducted *in camera*. I presume that the respondent advised the party requesting the records in question of the application of Heinz. The requesting party did not take any part in the proceedings.

[8] The relevant statutory provisions are attached to these reasons as Schedule “A”. Reference to specific provisions will be included where required for ease of reference and clarity.

[9] I begin with a review of basic principles. Subsection 2(1) of the Act contains its purpose, which is

les renseignements contenus dans les documents pour des raisons «d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement», parce que ces raisons justifieraient nettement les pertes financières appréciables et les atteintes à la compétitivité de Heinz. La demanderesse s'appuie sur les dépositions figurant dans l'affidavit et les pièces jointes de Becky McMullin, faits sous serment le 8 décembre 2000.

[5] Heinz demande que la décision de l'ACIA soit annulée et qu'une ordonnance soit rendue ayant pour effet d'interdire la communication des documents ou, subsidiairement, de n'autoriser cette communication qu'une fois prélevés les renseignements concernant le tiers contenus dans ces documents. Elle demande également l'attribution des dépens.

[6] Par une ordonnance datée du 7 décembre 2001, la Cour fédérale, Section de première instance a prescrit que tout affidavit ou document désigné «confidentiel» par l'une ou l'autre partie soit déposé dans une enveloppe scellée, soit traité comme confidentiel et ne puisse être examiné par le public sans une nouvelle ordonnance de la Cour. L'ordonnance renfermait des dispositions semblables concernant la transcription de tout contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit. Il a été ordonné, finalement, que toute audience relative à cette affaire soit tenue à huis clos, sous réserve d'une nouvelle ordonnance de la Cour. La demanderesse s'est vue accorder un délai pour le dépôt d'affidavits à l'appui et de pièces documentaires.

[7] Les documents tant de la demanderesse que du défendeur ont ainsi été déposés dans des enveloppes scellées et l'audience s'est déroulée à huis clos. Je présume que le défendeur a informé la personne demandant les documents en cause de la demande présentée par Heinz. Cette personne n'a pas pris part à l'instance.

[8] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes à titre d'annexe «A» aux présents motifs. On reproduira à des dispositions spécifiques au besoin, par souci de commodité et de clarté.

[9] Je commencerai par examiner les principes de base. Le paragraphe 2(1) énonce l'objet de la Loi, qui est

to provide the public with a right of access to information in records under the control of the government. Exceptions to that right of access should be limited and specific: *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*). Public access ought not be frustrated by the courts except in the clearest of circumstances. It is a heavy burden of persuasion that rests upon the party resisting disclosure: *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.) (*Maislin*); *Rubin v. Canada (Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.). The standard of proof to be applied in reviewing exemptions under subsection 20(1) of the Act is that of a balance of probabilities: *Northern Cruiser Co. v. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (F.C.A.).

[10] The applicant raises a preliminary issue and alleges that the records are not responsive to the request. While the initial request was for various documents pertaining to a variety of topics, the request was subsequently modified to include only "correspondence" related to specified topics.

[11] Heinz submits that section 4 of the Act dictates that access shall be provided "on request". Relying on *Cistel Technology Inc. v. Canada (Correctional Service)*, 2002 FCT 253; [2002] F.C.J. No. 328 (T.D.) (QL) (*Cistel*), it submits that the records in issue are not "correspondence" and do not come within the scope of the request.

[12] In *Cistel*, McKeown J. determined that a payment voucher and a task request/authorization were not invoices. Since the request related to invoices, the aforementioned documents lay outside the scope of the request. Heinz regards "correspondence" as meaning "letters" whereas the respondent characterizes it as "communication". At the hearing, Heinz agreed that if the respondent's interpretation was found to be correct, its argument in this respect must fail.

d'élargir l'accès par le public aux documents de l'administration fédérale. Les exceptions à ce droit d'accès doivent être précises et limitées (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*). Les tribunaux ne doivent pas restreindre l'accès par le public, sauf dans les cas où c'est le plus manifestement requis. Le fardeau de persuasion est lourd à cet égard, et incombe à la partie qui demande la communication (*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1^{re} inst.) (*Maislin*); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.)). La norme de preuve qui s'applique à l'examen des exemptions en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi est celle de la prépondérance des probabilités (*Northern Cruiser Co. c. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (C.A.F.)).

[10] La demanderesse soulève une question préjudicielle, alléguant que les documents ne correspondaient pas à ce qui avait été demandé. Alors que la demande initiale portait sur divers documents relatifs à des sujets variés, elle avait ensuite été modifiée pour ne viser que la «correspondance» se rapportant à des sujets spécifiques.

[11] Heinz fait valoir que l'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1] de la Loi requiert que l'accès soit donné «sur demande». Se fondant sur *Cistel Technology Inc. c. Canada (Service correctionnel)*, 2002 CFPI 253; [2002] A.C.F. n° 328 (1^{re} inst.) (QL) (*Cistel*), elle soutient que les documents en cause ne sont pas de la «correspondance» et échappent ainsi à la portée de la demande.

[12] Dans *Cistel*, le juge McKeown a établi qu'une pièce justificative de paiement et un formulaire de demande/d'autorisation de travaux n'étaient pas des factures. Puisque la demande visait des factures, les documents susmentionnés échappaient à sa portée. Heinz est d'avis que la «correspondance» s'entend de «lettres», et l'intimé que cela s'entend d'une «communication». Heinz a convenu à l'audience que, si l'interprétation de l'intimé était jugée exacte, son argument à cet égard devait être rejeté.

[13] The *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. provides a number of definitions for “correspondence” including:

Correspondence . . . The action or fact of corresponding or answering to each other in fitness or mutual adaptation, congruity, harmony, agreement. . . . Relation of agreement, similarity, or analogy . . . Of persons and things: vital, practical or active communication . . . The letters that pass between correspondents; also, letters contributed to a news paper or journal.

[14] Thus, while “correspondence” includes letters, it is not so restricted and it indeed includes communication. Heinz concedes that it has placed all of its eggs in one basket with respect to this argument and it is readily apparent that its argument must fail.

[15] The next issue relates to section 19 of the Act which provides:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

[16] The definition in section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 defines “personal information” as being “information about an identifiable individual that is recorded in any form including . . . the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual” (paragraph (i)). The definition contains a number of additional examples of personal identification as well as specific exceptions to the definition, none of which apply here.

[13] L’*Oxford English Dictionary*, 2^e éd., donne diverses définitions pour l’expression anglaise «*correspondence*», dont les suivantes:

[TRADUCTION]

Correspondance [. . .] L’action ou le fait pour deux éléments de correspondre ou d’être adaptés l’un à l’autre, d’être en congruence, en harmonie, en accord [. . .] Rapport d’affinité, de ressemblance ou d’analogie [. . .] Communication essentielle, pratique ou active concernant des personnes ou des choses [. . .] Les lettres que s’échangent des correspondants, ainsi que les lettres de collaborateurs d’un journal.

[14] Ainsi, bien que «correspondance» s’entende notamment de lettres, son sens ne s’y restreint pas et s’étend de fait aux communications. Heinz concède avoir mis tous ses œufs dans le même panier en ce qui concerne cet argument, et il est bien évident que celui-ci doit être rejeté.

[15] La prochaine question en litige a trait à l’article 19 de la Loi, qui prévoit ce qui suit:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d’une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

- a) l’individu qu’ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[16] Selon la définition de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, les «renseignements personnels» s’entendent des «renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment [. . .] son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d’autres renseignements personnels le concernant» (alinéa i)). La définition énonce un certain nombre d’exemples additionnels d’éléments d’identification, ainsi que d’exceptions, dont aucune ne s’applique en l’espèce.

[17] Heinz maintains that section 8 of the *Privacy Act* provides for certain circumstances in which personal information that falls within the definition of section 3 may nonetheless be disclosed, but that none of those circumstances are applicable in this case. Therefore, the interaction of the provisions requires CFIA to refuse to disclose any information about an identifiable individual in the absence of the person's consent unless the information is in the public domain.

[18] The respondent, on the other hand, contends first, that it is not open to the applicant to raise exemptions other than those set out in section 20 of the Act and second, that the applicant cannot invoke section 19 of the Act in this application. The respondent submits that the application is brought pursuant to section 44 of the Act and that provision confers on a third party a right to apply for review of a decision of the head of a government institution in relation to the proposed release of records under the Act. However, this right of review is provided only to third parties who receive notice pursuant to subsection 28(1) or 29(1) of the Act. Here, the relevant provision is subsection 28(1), which is triggered only when notice is given to a third party under section 27. Subsection 27(1), in turn, provides for notice to the third party only in circumstances where the head of the government institution intends to disclose records that may contain information described in subsection 20(1) of the Act i.e., third party information. Briefly stated, it is argued that section 44 provides a right of review where a third party seeks to prevent disclosure of confidential information protected by subsection 20(1). Section 44 does not go further and does not confer the right to oppose disclosure on the basis of any other exemption or exclusion under the Act, including section 19. Parliament has provided a third party with a very specific right of review. That right is consistent with the scheme of the Act and the protection afforded a third party's confidential information.

[19] The respondent's submission, pared to its core, is that sections 27, 28 and 44 of the Act constitute a

[17] Selon Heinz, l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit certaines circonstances dans lesquelles des renseignements personnels qui tombent sous le coup de la définition de l'article 3 peuvent néanmoins être divulgués; on n'est toutefois en présence d'aucune de ces circonstances en l'espèce. Par effet combiné de ces dispositions, par conséquent, l'ACIA doit refuser de divulguer tout renseignement concernant un individu identifiable sans son consentement, à moins qu'il ne soit du domaine public.

[18] Le défendeur soutient pour sa part, premièrement, qu'il n'est pas loisible à la demanderesse de faire valoir des exemptions autres que celles énoncées à l'article 20 de la Loi et, deuxièmement, que la demanderesse ne peut invoquer l'article 19 de la Loi en l'espèce. Le défendeur soutient que la présente demande est présentée en vertu de l'article 44 de la Loi, lequel confère à un tiers intéressé le droit de demander la révision de la décision du responsable d'une institution fédérale relative à la communication projetée de documents en vertu de la Loi. Ce droit de révision n'est toutefois prévu que pour les tiers qui reçoivent un avis en vertu des paragraphes 28(1) ou 29(1) de la Loi. En l'espèce, les dispositions pertinentes se trouvent au paragraphe 28(1), qui ne reçoit application que lorsqu'un avis est donné à un tiers aux termes de l'article 27. Le paragraphe 27(1), à son tour, prévoit qu'un avis est donné à un tiers uniquement lorsque le responsable d'une institution fédérale a l'intention de donner communication d'un document pouvant contenir des renseignements visés au paragraphe 20(1) de la Loi, c'est-à-dire des renseignements relatifs à un tiers. On soutient, en bref, que l'article 44 prévoit un droit de révision lorsqu'un tiers désire empêcher la divulgation de renseignements confidentiels protégés par le paragraphe 20(1). L'article 44 n'a pas une portée plus étendue et ne confère pas le droit de s'opposer à la divulgation sur le fondement de toute autre exemption ou exclusion en vertu de la Loi, y compris à l'article 19. Le législateur a prévu pour les tiers un droit de révision très spécifique. Ce droit cadre bien avec l'économie générale de la Loi et la protection accordée aux renseignements confidentiels de tiers.

[19] L'argument du défendeur, essentiellement, c'est que les articles 27, 28 et 44 de la Loi constituent le code

complete code whereby the third party is provided recourse to the Court to seek protection, but no more. The codification does not confer a right to receive notice, to make submissions or to seek review, except in the case of the confidential information described in section 20 of the Act. The respondent relies on *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.) (*Saint John Shipbuilding*) to support its position.

[20] Determination of this issue requires an appreciation and awareness of the exemption provisions of the Act. The Act contains two types of exemptions, mandatory (sections 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] 19, 20, 24) and discretionary (sections 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). In the case of mandatory exemptions, the only decision to be made is whether the record comes within the description that the Act requires be exempted from disclosure. In the case of discretionary exemptions, two decisions are necessary: first, does the record come within the description that is contemplated by the statutory exemption invoked in a particular case; and second, if it does, should the record nevertheless be disclosed: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, *supra*.

[21] The procedure to be followed regarding mandatory and discretionary exemptions is articulated in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), at pages 280-281:

If the exemption provision was mandatory, then there is only one type of decision: the factual decision as to whether the material comes within the description of the exempting provision. There is no second type of decision, as if the material is found to fall within the description, then the head of the institution is obligated to refuse disclosure. If a decision made under a mandatory exemption provision were to come before this Court for review . . . then firstly the Court would have to go through the record and determine whether or not the Minister was authorized to refuse disclosure. In so doing, the Court is effectually reviewing the factual decision. If the Court determined the Minister was in fact not authorized to refuse disclosure, then the Court would have to make an appropriate order. In the case of a mandatory exemption, an order for disclosure of the record would be an appropriate order if the Court determined the Minister had erred in the factual

exhaustif, mais aussi exclusif, permettant à un tiers d'obtenir la protection des tribunaux. Le code ne confère le droit d'être avisé, de présenter des observations ou d'exercer un recours en révision que lorsqu'on a affaire à des renseignements confidentiels visés à l'article 20 de la Loi. Le défendeur fait valoir *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.) (*Saint John Shipbuilding*) au soutien de sa prétention.

[20] Trancher cette question requiert de connaître et de comprendre les dispositions relatives aux exemptions de la Loi. La Loi renferme deux types d'exemptions, celles qui ont un caractère obligatoire (articles 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21], 19, 20, 24) et celles qui ont un caractère discrétionnaire (articles 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). Dans le cas des exemptions obligatoires, tout ce qu'il s'agit de décider, c'est si le document concerné est visé par les dispositions d'exemption de communication de la Loi. Dans le cas des exemptions discrétionnaires, deux décisions sont requises. Premièrement, le dossier est-il visé par l'exemption prévue par la Loi qu'on invoque en l'espèce. Dans l'affirmative, deuxièmement, le document devrait-il néanmoins être communiqué (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, précitée).

[21] La procédure à suivre au sujet des exemptions obligatoires et discrétionnaires est énoncée dans *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1^{re} inst.), aux pages 280 et 281:

Dans les cas où la disposition d'exemption est obligatoire, il ne peut y avoir qu'un type de décision: une décision de fait sur la question de savoir si le document demandé est visé par la disposition d'exemption. Il n'existe pas de second type de décision, étant donné que, si l'on conclut que le document demandé est visé par la disposition d'exemption, le responsable de l'institution est tenu d'en refuser la communication. Si elle est saisie d'un recours en révision d'une décision prise en vertu d'une disposition d'exemption obligatoire, notre Cour doit d'abord [. . .] examiner le document et déterminer si le ministre était justifié ou non d'en refuser la communication. Ce faisant, la Cour révisé en réalité la décision de fait. Si elle conclut que le ministre n'était pas en fait justifié de refuser la communication du document demandé, la Cour doit rendre l'ordonnance appropriée. Dans le cas d'une exemption obligatoire, le fait d'enjoindre au

decision. The Act is clear in those cases that the material shall not be disclosed if falling within the exemption and the material shall be disclosed if it does not.

If the exemption provision in question is a discretionary provision, then there are two decisions to be reviewed by the Court . . . Firstly, as in the case of a mandatory exemption, the Court shall review the record to determine if the head of the institution erred in the factual decision as to whether or not the requested information fell within the exempting provision. If the Court determines the material does fall within the exemption, then the Court must review the discretionary decision of the head of the institution. However . . . the Court must only consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. If the Court finds the discretion was properly exercised, an appropriate order is simply to uphold the decision of the head of the institution to refuse disclosure. However, the determination of an appropriate order becomes somewhat more complicated if the Court finds the discretion was improperly exercised. If the Court strikes down the discretionary decision of the head of the institution, then the question arises as to whether it is appropriate for the Court to then proceed to make this discretionary decision, thereby exercising the discretion itself, or whether the Court ought to refer the matter back to the head of the institution to exercise his/her discretion properly.

[22] Regarding the application of the section 19 mandatory exemption, the position of the Minister has been less than consistent. In *Maislin, supra*; *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (F.C.T.D.) (*Société Gamma*); and *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.) (*Air Atonabee*), all of which are relied on by the respondent here, albeit in other respects, the Minister conceded that section 19 information was exempt. While it may be said that *Maislin* and *Air Atonabee* preceded *Saint John Shipbuilding, supra*, *Société Gamma* did not. The respondent relies on the following passage from *Saint John Shipbuilding* [at page 317]:

responsable de l'institution de communiquer le document demandé constitue une ordonnance appropriée si la Cour conclut que le ministre a commis une erreur dans sa décision de fait. La Loi précise bien en pareil cas que les renseignements ne doivent pas être communiqués s'ils tombent sous le coup de l'exemption, et qu'ils doivent être communiqués s'ils ne sont pas visés par l'exemption.

Si la disposition d'exemption en question est une disposition discrétionnaire, la Cour a [. . .] deux décisions à réviser. En premier lieu, tout comme dans le cas de l'exemption obligatoire, la Cour doit examiner le document pour déterminer si le responsable de l'institution a commis une erreur en prenant une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés sont visés par la disposition d'exemption. Si elle conclut que le document est effectivement visé par l'exemption, la Cour doit réviser la décision discrétionnaire prise par le responsable de l'institution. Toutefois, [. . .] la Cour doit uniquement se demander si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé et elle ne doit pas essayer d'exercer elle-même de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Si la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, une ordonnance appropriée peut consister simplement en une confirmation de la décision par laquelle le responsable de l'institution a refusé la communication. Il est toutefois plus difficile de déterminer quelle ordonnance il convient de rendre lorsque la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été régulièrement exercé. Si la Cour annule la décision discrétionnaire du responsable de l'institution, la question qui se pose alors est celle de savoir si la Cour peut à bon droit rendre elle-même cette décision discrétionnaire, exerçant ainsi elle-même le pouvoir discrétionnaire en question, ou si elle doit renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

[22] Pour ce qui est de l'application des dispositions de l'article 19 concernant une exemption obligatoire, la position du ministre n'a guère été uniforme. Dans *Maislin*, précitée; *Société Gamma Inc. c. Canada (Ministère du Secrétaire d'État)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (C.F. 1^{re} inst.) (*Société Gamma*); et *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.) (*Air Atonabee*), deux décisions invoquées par le défendeur en l'espèce mais pour d'autres motifs, le ministre a concédé que les renseignements visés à l'article 19 étaient exemptés. Même si l'on peut dire que *Maislin* et *Air Atonabee* ont précédé *Saint John Shipbuilding*, précité, il n'en est pas ainsi de *Société Gamma*. Le défendeur se fonde sur le passage suivant tiré de *Saint John Shipbuilding* [à la page 317]:

Two minor points should be mentioned in closing. First, the appellant suggested that the material ordered to be released was in some respects different from what had been requested; the short answer to that is that the appellant's interest, as third party intervenor in a request for information, is limited to those matters set out in s. 20(1), and it has no status to object that the government may have given more or less than it was asked for. Secondly, the appellant urges that, because this is a defence contract, the Court should be specially reticent in releasing information. On this we can do no better than to quote the judge:

Under s. 15 of the Act the respondent has the discretionary authority to refuse to disclose any record if its release could reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada. The respondent does not purport to act under that section of the Act but under s. 20. I agree that my review is limited to the considerations set out in s. 20 of the Act and that the matter of national security is irrelevant to this hearing.

[23] It is submitted that from this passage emerges a proposition that, when dealing with section 20 of the Act, the other mandatory exemptions of the Act are to be ignored. With respect, I cannot subscribe to such an interpretation nor do I believe that the Court intended any such thing. The comments above must be considered in the context in which they were made. First, the remarks were restricted to the appellant's argument that the released material was not responsive to the request. In that context (and not in relation to mandatory exemptions contained in the Act), it appears that the third party is limited to those matters set out in subsection 20(1) and cannot be heard to complain that the government gave more or less than what was requested. I do not view the excerpt, when viewed in its proper context, as a blanket prohibition against the use of the other mandatory exclusions of the Act merely because section 20 is invoked. I am reinforced in my view when regard is had to *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 470 (F.C.T.D.); affirmed by (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.) (*Siemens*) about which I will have more to say in short order. Second, and to the extent that it is necessary to do so, I note that the comments regarding section 15 of the

[TRADUCTION]

Il y a lieu de mentionner deux points mineurs pour terminer. Premièrement, l'appelante a laissé entendre que les documents dont la communication a été ordonnée diffèrent à certains égards de ceux qu'on avait demandés. La réponse courte à cet égard c'est que l'intérêt de l'appelante en tant qu'intervenante dans une demande de renseignements est limité aux questions énumérées au paragraphe 20(1) et que l'appelante n'a pas qualité pour s'opposer à ce que le gouvernement donne plus ou moins que ce qui a été demandé. L'appelante soutient aussi deuxièmement que, puisqu'il s'agit d'un contrat de défense, la Cour devrait être particulièrement réticente à communiquer des renseignements. Le mieux à faire sur cette question est de citer le juge:

L'intimé a le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 15 de la Loi, de refuser de communiquer tout document, si cela risque vraisemblablement d'être préjudiciable à la défense du Canada. L'intimé ne prétend pas se fonder sur cet article de la Loi mais bien sur l'article 20. Je conviens que ma révision se restreint aux considérations énoncées à l'article 20 de la Loi et que la question de la sécurité nationale n'est pas pertinente aux fins de la présente audience.

[23] On soutient qu'il se dégage du passage précité le principe selon lequel, lorsque l'article 20 de la Loi est en jeu, on doit faire abstraction des autres exemptions obligatoires prévues dans la Loi. En toute déférence, je ne puis souscrire à une telle interprétation ni ne crois que la Cour entendait qu'on dégage un tel principe. Les commentaires ci-dessus doivent être examinés en contexte. Premièrement, ils faisaient uniquement écho à l'argument de l'appelant selon lequel le document communiqué n'était pas visé par la demande. Il semble dans ce contexte (et non en regard des exemptions obligatoires prévues dans la Loi) que le tiers doit se restreindre aux questions énoncées au paragraphe 20(1) et ne peut se plaindre du fait que le gouvernement a communiqué davantage ou moins que ce qui était demandé. Je n'interprète pas l'extrait, lorsqu'on le considère dans son juste contexte, comme énonçant une interdiction générale de recourir à d'autres exemptions obligatoires prévues par la Loi uniquement du fait que l'article 20 a été invoqué. Je suis conforté dans mon opinion par la décision *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 470 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé à (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (C.A.F.) (*Siemens*), sur laquelle je vais bientôt m'étendre

Act relate to a discretionary exemption rather than a mandatory one. The procedural implications relative to the distinction between mandatory and discretionary exemptions have been delineated above.

[24] Additionally, while the notice provision in section 27 refers specifically to the provisions of section 20, there is no such reference in section 28. It provides that the third party may make “representations” as to why the record or the part thereof should not be disclosed and there are no stated restrictions as to the representations available to the third party provided, of course, they are relevant to the issue of disclosure. Further, in *Tridel Corp. v. Canada Mortgage and Housing Corp.* (1996), 115 F.T.R. 185 (F.C.T.D.), Campbell J. interpreted the excerpt from *Saint John Shipbuilding* as follows [at paragraph 19]:

I read this passage as authority for the proposition that a s. 44 review is limited to the information proposed to be released. I do not believe that the passage can be extended to restrict the arguments on fact and law that can be made regarding the proposed release of particular information.

[25] It is noteworthy that in both *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.) and *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 70 C.R.R. (2d) 278 (F.C.A.), the Court of Appeal entertained arguments, by a third party, that were outside the ambit of subsection 20(1). Finally, in *Siemens, supra*, McKeown J. determined that the Minister’s proposed release of documents requested under the Act was prohibited by subsection 24(1) of the Act. Subsection 24(1) is a mandatory exemption regarding the disclosure of information that is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II of the Act. Section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1 is incorporated by reference in Schedule II of the Act and that section prohibits disclosure of information with respect to an individual business that has been obtained

davantage. Deuxièmement, dans la mesure où il est nécessaire de le faire, je signale que les commentaires concernant l’article 15 de la Loi se rapportent à une exemption discrétionnaire plutôt qu’à une exemption obligatoire. On a déjà examiné les incidences en termes de procédure de la distinction entre l’un et l’autre type d’exemptions.

[24] De plus, tandis que les dispositions de l’article 27 concernant un avis renvoient spécifiquement aux dispositions de l’article 20, un tel renvoi n’est pas fait à l’article 28. Celui-ci prévoit que le tiers peut présenter des «observations» sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, aucune restriction n’étant prévue quant au type d’observations que le tiers peut formuler, dans la mesure bien sûr où elles sont pertinentes. Dans *Tridel Corp. c. Société canadienne d’hypothèques et de logement* (1996), 115 F.T.R. 185 (C.F. 1^{re} inst.), en outre, le juge Campbell a interprété comme suit le passage tiré de *Saint John Shipbuilding* [au paragraphe 19]:

À mon sens, ce passage appuie le principe que la révision effectuée sous le régime de l’article 44 ne porte que sur les renseignements que l’on se propose de divulguer. Je ne crois pas que l’on puisse élargir la portée de ce passage de manière à limiter la portée des moyens de fait et de droit qui peuvent être invoqués au sujet de la divulgation projetée de renseignements déterminés.

[25] Il y a lieu de noter que, tant dans *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (C.A.F.) que dans *Première Nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 70 C.R.R. (2d) 278 (C.A.F.), la Cour d’appel a accueilli favorablement des arguments avancés par un tiers et échappant à la portée du paragraphe 20(1). Dans *Siemens*, précitée, finalement, le juge McKeown a statué que la communication projetée par le ministre de documents demandés en vertu de la Loi était interdite par son paragraphe 24(1). Celui-ci prévoit une exemption obligatoire visant les renseignements dont la communication est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II de la Loi. L’article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, est incorporé par renvoi à l’annexe II; cet article interdit de communiquer les

under or by virtue of the *Defence Production Act* without the consent of the individual carrying on business. The bottom line is that McKeown J. determined that section 30 of the *Defence Production Act* constitutes a statutory provision designated under the statutory prohibition exemption set out in section 24 of the Act. In the result, the information could not be disclosed. I note in passing that the subsection 19(1) information was considered, by the Minister, to be exempt.

[26] On appeal, the trial decision in *Siemens* was affirmed. The argument advanced was that section 44 (review of the decision to disclose) of the Act limits the jurisdiction of the Court such that section 24 (mandatory exemption) cannot be invoked to prevent disclosure. In summarily dismissing the appeal, the Court of Appeal stated [at paragraph 1], “We are unable to interpret s. 44 in this way”.

[27] Based on the reasoning in *Siemens*, it seems to me that if the mandatory exemption provided in section 24 of the Act is available to a third party, so too must be the mandatory exemption provided for in section 19. To hold otherwise, in my view, would yield an irrational and illogical result and one that is contrary to the principles of statutory interpretation articulated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 and subsequent authorities. I therefore conclude, for the reasons stated, that the mandatory exemption in section 19 of the Act applies in section 44 proceedings, where relevant to the proposed disclosure.

[28] I turn now to the argument arising from subsection 20(1) of the Act, which provides:

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;

renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de cette Loi sans le consentement de son exploitant. L'essentiel, c'est que le juge McKeown a statué que l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* constitue une disposition législative visée par l'exemption de communication prévue à l'article 24 de la Loi. Les renseignements concernés, par suite, ne pouvaient être divulgués. Je signale, en passant, que le ministre considérait les renseignements visés au paragraphe 19(1) comme devant être exemptés.

[26] La décision de première instance dans *Siemens* a été confirmée en appel. L'argument avancé c'était que l'article 44 (révision de la décision de communiquer) de la Loi restreint la compétence de la Cour de telle manière qu'on ne peut invoquer l'article 24 (exemption obligatoire) pour empêcher la communication. Rejetant l'appel de manière sommaire, la Cour d'appel a déclaré [au paragraphe 1]: «Nous ne pouvons interpréter l'article 44 de cette façon.»

[27] Il me semble, en me fondant sur le raisonnement dans *Siemens*, que si un tiers peut se prévaloir de l'exemption obligatoire prévue à l'article 24 de la Loi, il en est de même pour l'exemption obligatoire prévue à l'article 19. Décider autrement donnerait lieu, à mon avis, à un résultat irrationnel et illogique, à l'encontre des principes d'interprétation législative énoncés dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et d'autres arrêts subséquents. Je conclus donc, pour les motifs exposés, que l'exemption obligatoire prévue à l'article 19 de la Loi s'applique à une instance relative à l'article 44, lorsque cela est pertinent eu égard à la communication projetée.

[28] J'examinerai maintenant l'argument fondé sur le paragraphe 20(1) de la Loi, qui prévoit ce qui suit:

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) 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.

[29] The applicant relies heavily on *Air Atonabee*, *supra*, and argues that the records in issue constitute confidential financial, commercial, scientific or technical information such that CFIA should refuse to disclose pursuant to paragraph 20(1)(b) of the Act. The records include information pertaining to the operations of a commercial enterprise or information that relates or pertains to matters of finance or commerce. Heinz alleges that all the hallmarks of confidentiality, as articulated in *Air Atonabee*, are present here. Specifically, Heinz submits that: the information is treated as confidential business secrets, is not published and is not accessible to the public; the information was communicated in the expectation that it would be kept in confidence; the relationship that Heinz maintains with CFIA and Health Canada is strong and open thereby enabling the applicant to engage in frank discussions; the relationship is important to the preservation of public safety as well as public confidence in food products; and, guarded discussions between Heinz and CFIA are not in the interests of the Canadian public.

[30] The respondent alleges that Heinz falls short of the requirements to substantiate an exemption under paragraph 20(1)(b). The evidence of the third party does not adequately support a determination that the specific information sought to be exempted is commercial, financial, scientific or technical. Regarding confidentiality, the respondent submits that it must be established objectively and it has not been so established. An expectation of confidentiality or the fact that the applicant has maintained the material in a confidential manner is only one aspect of the test. Finally, the information must be provided to the government institution by the third party. Here, the respondent contends that the information was created by CFIA.

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.

[29] La demanderesse s'appuie fortement sur *Air Atonabee*, précité, et soutient que les documents en cause constituent des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, de sorte que l'ACIA devrait en refuser la communication, en vertu de l'alinéa 20(1)b) de la Loi. Les dossiers renferment notamment des renseignements ayant trait aux activités d'une entreprise commerciale ou à des questions financières ou commerciales. Heinz allègue que tous les caractéristiques de la confidentialité, telles qu'elles sont énoncées dans *Air Atonabee*, se retrouvent en l'espèce. Heinz soutient, plus particulièrement, que les renseignements sont traités comme des secrets d'affaires confidentiels, qu'ils ne sont pas publiés et que le public n'y a pas accès; qu'on avait communiqué ces renseignements en s'attendant à ce qu'ils soient tenus secrets; que la relation existant entre Heinz et l'ACIA ainsi que Santé Canada est solide et ouverte, ce qui permet à la demanderesse d'engager de franches discussions; que la relation est importante pour la préservation de la sécurité publique et de la confiance du public à l'endroit des produits alimentaires; que des discussions où chacun est sur ses gardes entre Heinz et l'ACIA ne sont pas dans l'intérêt du public canadien.

[30] Le défendeur allègue que Heinz n'a pas réuni les conditions requises pour faire valoir une exemption en vertu de l'alinéa 20(1)b). La preuve du tiers ne permet pas valablement de conclure que les renseignements spécifiques dont l'exemption est demandée sont commerciaux, financiers, scientifiques ou techniques. En ce qui concerne la nature confidentielle des documents, le défendeur soutient qu'elle doit être démontrée objectivement, ce qui n'a pas été fait. S'attendre à ce que des documents soient tenus secrets ou le fait que la demanderesse les a tenus secrets, ce n'est là qu'un élément du critère. Finalement, le tiers doit avoir fourni les renseignements à l'institution fédérale. Or, soutient le défendeur, les renseignements ont été créés par l'ACIA en l'espèce.

[31] A review under section 44 is a review *de novo*: *Air Atonabee*. The standard of proof respecting subsection 20(1) is that of a balance of probabilities: *Northern Cruiser, supra*.

[32] The applicant must satisfy four requirements to establish that an exemption from disclosure is warranted:

- (1) the information is financial, commercial, scientific or technical;
- (2) the information is confidential;
- (3) the information was supplied to the government institution by a “third party”, and
- (4) the information was treated consistently in a confidential manner.

[33] With respect to the first requirement, MacKay J., in *Air Atonabee* [at page 198] determined that dictionary meanings provide the best guide and, “it is sufficient for purposes of s. 20(1)(b) that the information relate or pertain to matters of finance, commerce, science or technical matters as those terms are commonly understood”. Here, some of the information in the records constitutes information regarding the Heinz operation in both its production of products and its management strategy. However, not all of the information qualifies as being commercial, financial, scientific or technical. The applicant’s arguments, therefore, are relevant only with respect to those portions of the records that satisfy the first requirement.

[34] Regarding confidentiality, the following excerpts from *Air Atonabee* summarize the conditions that the applicant must meet to satisfy the second requirement [at pages 199 and 202].

The second requirement under subsection 20(1)(b), that the information be confidential, has been dealt with in a number of decisions. These establish that the information must be confidential in its nature by some objective standard which takes account of the content of information, its purposes and

[31] Une révision en vertu de l’article 44 est une révision *de novo* (*Air Atonabee*). La norme de preuve applicable à l’égard du paragraphe 20(1) est celle de la prépondérance des probabilités (*Northern Cruiser, précité*).

[32] La demanderesse doit satisfaire à quatre exigences pour démontrer qu’il y a lieu d’exempter de communication des documents:

- 1) il s’agit de renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques;
- 2) les renseignements sont de nature confidentielle;
- 3) les renseignements sont fournis à une institution fédérale par un «tiers»;
- 4) on a traité de façon constante les renseignements comme étant confidentiels.

[33] En ce qui concerne la première exigence, le juge MacKay a statué dans *Air Atonabee* [à la page 198] que le dictionnaire était le meilleur guide et «qu’il suffit, pour l’application de l’art. 20(1)b), que les renseignements concernent des questions financières, commerciales, scientifiques ou techniques, au sens courant de ces termes». En l’espèce, certains renseignements figurant dans les dossiers ont trait tant à la production de produits de Heinz qu’à sa stratégie de gestion. Tous les renseignements ne peuvent toutefois être qualifiés de commerciaux, financiers, scientifiques ou techniques. Les arguments de la demanderesse sont pertinents, par conséquent, uniquement en regard des parties des documents qui satisfont à la première exigence.

[34] En ce qui concerne la nature confidentielle des renseignements, les passages suivants d’*Air Atonabee* résument les conditions que la demanderesse doit réunir pour satisfaire à la seconde exigence [aux pages 199 et 202]:

La deuxième exigence de l’alinéa 20(1)b), c’est-à-dire celle qui prévoit que les renseignements doivent être de nature confidentielle, a été examinée dans plusieurs décisions. Ces décisions établissent que les renseignements doivent être de nature confidentielle suivant un critère objectif qui tiennent

the conditions under which it was prepared and communicated (per Jerome A.C.J., in *Montana*, *supra*, at pp. 76-7). It is not sufficient that the third party state, without further evidence, that it is confidential (see e.g., *Merck Frosst Canada Inc.*, *supra*; *Re Noël and Great Lakes Pilotage Authority Ltd.* (1988), 45 D.L.R. (4th) 127 (T.D.)). Information has not been held to be confidential, even if the third party considered it so, where it has been available to the public from some other source (*Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 483 (T.D.) . . . and related cases, appeal dismissed with variation as to reasons on other grounds, 26 C.P.R. (3d) 407, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.)), or where it has been available at an earlier time or in another form from government (*Canada Packers Inc.*, *supra*; *Merck Frosst Canada Inc.*, *supra*). Information is not confidential where it could be obtained by observation albeit with more effort by the requester (*Noël*, *supra*). As outlined by Jerome A.C.J. in earlier cases dealing with subsection 20(1)(b):

It is not sufficient that (the applicant) considered the information to be confidential . . . It must also have been kept confidential by both parties and . . . must not have been otherwise disclosed, or available from sources to which the public has access.

(*Maislin Industries Ltd. v. Minister for Industry, Trade and Commerce* [1984] 1 F.C. 939, 80 C.P.R. (2d) 253 (T.D.) at p. 257 (*DMR Associates v. Minister of Supply and Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 at 91 (F.C.T.D.))

. . .

This review leads me to consider the following as an elaboration of the formulation by Jerome A.C.J. in *Montana*, *supra*, that whether information is confidential will depend upon its content, its purposes and the circumstances in which it is compiled and communicated, namely:

- (a) that the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public or that could not be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his own,
- (b) that the information originate and be communicated in a reasonable expectation of confidence that it will not be disclosed, and

compte du contenu des renseignements, de leur but et des conditions dans lesquelles ils ont été préparés et communiqués (le juge en chef adjoint Jerome dans le jugement *Montana*, précité, aux pages 76-77). Il ne suffit pas que le tiers déclare, sans autre preuve, que les renseignements sont confidentiels (voir, par ex., *Merck Frosst Canada Inc.*, précité; *Noël c. Administration de pilotage des Grands Lacs Ltée* (1988), 45 D.L.R. (4th) 127; [1988] 2 C.F. 77 (1^{re} inst.)). Des renseignements ont été jugés non confidentiels, même si le tiers les considérait comme tels, lorsque le public y avait accès par une autre source (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 (C.F. 1^{re} inst.) et la jurisprudence connexe, appel rejeté pour d'autres motifs à 26 C.P.R. (3d) 407 [1989] 1 C.F. 47 (C.A.)), ou lorsqu'ils pouvaient être obtenus antérieurement ou sous une autre forme de l'administration (*Canada Packers Canada Inc.*, précité, *Merck Frosst Canada Inc.*, précité). Les renseignements ne sont pas confidentiels s'ils peuvent être obtenus par observation, quoiqu'avec plus d'efforts de la part de l'auteur de la demande (*Noël*, précité). Comme le juge en chef adjoint Jerome l'a souligné dans des décisions antérieures relatives à l'alinéa 20(1)b):

Il ne suffit pas que [la requérante] ait considéré [. . .] que les renseignements étaient confidentiels. [. . .] Il faut aussi qu'ils aient été gardés confidentiels par les deux parties et doivent donc [. . .] ne pas avoir été divulgués d'une autre manière ni pouvoir être obtenus de sources auxquelles le public a accès:

(*Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce et autre* [1984] 1 C.F. 939, 80 C.P.R. (2d) 253 (1^{re} inst.), à la p. 257 du recueil; *DMR Associates c. Ministre des Approvisionnements et Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87, à la p. 91 (C.F. 1^{re} inst.))

[. . .]

Cet examen m'amène à considérer ce qui suit comme un exposé détaillé de l'opinion formulée par le juge en chef adjoint Jerome dans le jugement *Montana*, précité, dans lequel celui-ci a déclaré que la question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication, c'est-à-dire:

- a) le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou ne peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef;
- b) les renseignements doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués;

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication.

[35] Here, I am satisfied that, with few possible exceptions, the information in question is not available from sources accessible by the public. Regarding the information that was provided by Heinz, I find that it originated in and was communicated in a reasonable expectation of confidence that it would not be disclosed. As in *Air Atonabee*, I am also satisfied, on the evidence, that [at page 204] “while . . . the relationship . . . is [not] one of special confidence in which all records should be exempt from disclosure . . . , it is consistent with the public interest and the relationship would be fostered for the benefit of the public . . . by treating as confidential those communications which originate with the applicant where the applicant has considered them confidential . . . the third party would be encouraged to be open and frank with inspectors if its understanding about the restricted purposes and circulation of its communications is recognized and respected”. In short, I conclude that the requirement of confidentiality in this matter falls squarely within the reasoning of *Air Atonabee*. In coming to that determination, I have had particular regard to paragraphs 13-17, 19, 20, 29, 30, 34, 37, 40, 44 and 45 of the affidavit of Becky McMullin.

[36] Concerning the respondent’s position regarding the third requirement, that the records were created by CFIA, paragraph 20(1)(b) relates not to all confidential information but only to that which has been supplied to a government institution by a third party: *Canada Packers, supra*. Although the records here were created by CFIA, they contain information supplied by Heinz. It is only the latter that can be subject to a paragraph 20(1)(b) analysis.

[37] The final requirement, that the records were treated consistently in a confidential manner by the third

c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l’exige ou parce qu’ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d’une relation de confiance entre l’administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d’une relation qui n’est pas contraire à l’intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l’intérêt du public.

[35] Je suis convaincu en l’espèce que, sous réserve de rares exceptions éventuelles, les renseignements en cause ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a accès. Quant aux renseignements fournis par Heinz, je conclus qu’ils ont été transmis sous le sceau de la confidentialité, avec l’assurance raisonnable qu’ils ne seraient pas divulgués. Je suis également convaincu sur la foi de la preuve que, comme dans *Air Atonabee* [à la page 204], «[b]ien que [. . .] les relations dont il est question en l’espèce soient des relations spéciales de confiance dans le cadre desquelles tous les documents devraient être soustraits à l’obligation de communication [. . . elles] s’accordent avec l’intérêt du public et seraient, à mon avis, favorisées dans l’intérêt du public si l’on considérait comme confidentielles les communications qui émanent de la requérante et que celle-ci a traitées comme confidentielles. En l’espèce, le tiers serait encouragé à agir avec ouverture et franchise envers les inspecteurs si son interprétation des objets et de la circulation limitée de ses communications est reconnue et respectée». Je conclus, en bref, que la situation en l’espèce, pour ce qui est de l’exigence de confidentialité, tombe résolument sous le coup du raisonnement dans *Air Atonabee*. Pour en venir à cette conclusion, j’ai particulièrement pris en compte les paragraphes 13 à 17, 19, 20, 29, 30, 34, 37, 40, 44 et 45 de l’affidavit de Becky McMullin.

[36] En ce qui concerne la position du défendeur au sujet de la troisième exigence, fondée sur la création par l’ACIA des documents, *Canada Packers*, précité, établit que l’alinéa 20(1)(b) ne vise pas tous les renseignements confidentiels, mais seulement ceux fournis par un tiers. En l’espèce, bien que les documents aient été créés par l’ACIA, ils renferment des renseignements fournis par Heinz. Seuls ces derniers renseignements peuvent être soumis à une analyse fondée sur l’alinéa 20(1)(b).

[37] La preuve démontre clairement, et cela n’est pas contesté par le défendeur, qu’est satisfaite la dernière

party, is obvious from the evidence and is not seriously challenged by the respondent.

[38] The applicant also relies on paragraph 20(1)(c) and argues that disclosure of the records will result in a reasonable expectation of probable harm because it could reasonably be expected to result in material financial loss to the applicant or gain to a competitor, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of Heinz. In other words, disclosure would, it is alleged, result in a competitive advantage to an actual or potential competitor of Heinz and would result in financial detriment to Heinz.

[39] The respondent argues contra and says that the applicant has not demonstrated a reasonable expectation of harm simply by affirming in an affidavit that disclosure would result in financial loss and interfere with contractual and other relations.

[40] I agree with the respondent's position in relation to paragraph 20(1)(c). The threshold is probability, not possibility or speculation: *Saint John Shipbuilding, supra*. There must exist, in the affidavit evidence, an explanation establishing that those outcomes are reasonably probable. Here, the evidence merely speculates as to probable harm and does not support the position that disclosure would result in a reasonable expectation of probable harm.

[41] The applicant argues that the records proposed to be disclosed should not be disclosed and submits that redaction pursuant to section 25 is not possible because it would result in "disconnected snippets" such that severance would be unreasonable: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.). However, in the alternative and in the event that the Court should determine that the information could reasonably be severed, the applicant seeks to have 44 passages with which it takes issue removed from the 18 pages of documents.

[42] In response, the respondent submits that once it is determined that certain passages are exempt, the head

exigence, soit que le tiers a traité de manière constante les documents comme étant confidentiels.

[38] La demanderesse se fonde également sur l'alinéa 20(1)c), faisant valoir que la divulgation des documents risquerait vraisemblablement de lui causer des pertes financières importantes ou d'avantager un concurrent, ou encore de nuire à sa compétitivité, et donc de lui porter préjudice. La demanderesse allègue, en d'autres termes, que la divulgation conférerait un avantage concurrentiel à un concurrent actuel ou éventuel, et lui occasionnerait des pertes financières.

[39] Le demandeur soutient le contraire, déclarant que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle risquait vraisemblablement de subir préjudice en affirmant tout simplement dans son affidavit que la divulgation lui causerait des pertes financières et entraverait des relations, notamment contractuelles.

[40] Je suis d'accord avec la position du défendeur en ce qui concerne l'alinéa 20(1)c). Le seuil à atteindre est celui de la probabilité et non de la possibilité ou de la spéculation (*Saint John Shipbuilding*, précité). La preuve par affidavit doit permettre d'expliquer pourquoi les conséquences annoncées risquent vraisemblablement de se produire. La preuve présentée en l'espèce ne renferme que des spéculations sur le tort probable et n'était pas la prétention selon laquelle la divulgation risquerait vraisemblablement de causer du tort.

[41] La demanderesse soutient que les documents dont la divulgation est projetée ne devraient pas l'être et que des prélèvements tels que ceux prévus à l'article 25 ne sont pas possibles parce qu'il en résulterait de [TRADUCTION] «courts extraits sans lien les uns avec les autres»; le prélèvement d'extraits n'est donc pas une solution raisonnable (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.)). La demanderesse demande toutefois, de manière subsidiaire advenant que la Cour décide qu'il est raisonnable de procéder à un prélèvement, que 44 passages à la communication desquels elle s'objecte soient prélevés des 18 pages des documents concernés.

[42] Le défendeur réplique qu'une fois qu'il est établi que certains passages doivent être exemptés, le

of the institution is required to determine if any part can reasonably be severed: *Rubin, supra*. Here, the respondent has already severed the passages he considers to be exempt.

[43] The Court's obligation with respect to severance is found in section 51 of the Act. Here, I will delineate, in accordance with these reasons, the further passages that require severance. In doing so, I will use the letter references for the passages as assigned by the applicant. I note that the respondent conceded, prior to the hearing, that passages (d) and (l) should be severed. Additionally, counsel for the respondent agreed that, in the event that I should determine that section 19 is applicable, those passages to which section 19 applies would be severed. I therefore consider that the respondent has agreed to sever the following passages: (d), (l), (w) and the name in (qq).

[44] I order that the following passages be severed: (c), (g), (h), (i), (j), (k), (n), (r), (s), (t), (v), (y), from (bb) to (kk), both inclusive, as well as the first sentence only in (nn). Except as specifically referred to as severed herein, the records shall be disclosed.

[45] The affidavits and documents contained in the records and filed on a confidential basis shall remain sealed pending the expiration of the appeal period or, if an appeal is taken, until disposition of that appeal.

[46] The applicant has been substantially successful and will therefore have costs.

SCHEDULE "A"

Access to Information Act,
R.S.C., 1985, c. A-1

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

responsable de l'institution doit décider s'il est raisonnable de prélever des parties de documents (*Rubin*). En l'espèce, le défendeur a déjà prélevé les passages qu'il estime être exemptés.

[43] L'obligation de la Cour en ce qui concerne le prélèvement est énoncée à l'article 51 de la Loi. Je vais maintenant préciser, en conformité avec les présents motifs, les autres passages qui doivent être prélevés. Je recourrai pour ce faire aux renvois alphabétiques à des passages faits par la demanderesse. Je signale qu'avant l'audience, le défendeur a concédé que les passages d) et l) devaient être prélevés. L'avocat du défendeur a en outre convenu qu'au cas où je conclurais que l'article 19 est applicable, les passages visés par cet article devraient être prélevés. J'estime donc que le défendeur a convenu du prélèvement des passages d), l) et w) et de la désignation dans qq).

[44] J'ordonne le prélèvement des passages suivants: c), g), h), i), j), k), n), r), s), t), v), y), de bb) à kk), ces deux passages étant compris, ainsi que la première phrase uniquement dans nn). Sauf les parties dont le prélèvement est spécifiquement prévu aux présentes, les documents en cause doivent être communiqués.

[45] Les affidavits et documents au dossier qui ont été déposés comme confidentiels demeureront scellés jusqu'à l'expiration du délai d'appel ou, si appel est interjeté, jusqu'à la décision sur l'appel.

[46] La demanderesse a eu gain de cause pour l'essentiel et elle aura donc droit aux dépens.

ANNEXE «A»

Loi sur l'accès à l'information,
L.R.C. (1985), ch. A-1

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

...

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.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

...

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(b) the information is publicly available; or

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

[. . .]

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*.

2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

[. . .]

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

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.

(2) The head of a government institution shall not, pursuant to subsection (1), refuse to disclose a part of a record if that part contains the results of product or environmental testing carried out by or on behalf of a government institution unless the testing was done as a service to a person, a group of persons or an organization other than a government institution and for a fee.

(3) Where the head of a government institution discloses a record requested under this Act, or a part thereof, that contains the results of product or environmental testing, the head of the institution shall at the same time as the record or part thereof is disclosed provide the person who requested the record with a written explanation of the methods used in conducting the tests.

(4) For the purposes of this section, the results of product or environmental testing do not include the results of preliminary testing conducted for the purpose of developing methods of testing.

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

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.

(2) Le paragraphe (1) n'autorise pas le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de la partie d'un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement effectués par une institution fédérale ou pour son compte, sauf si les essais constituent une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale.

(3) Dans les cas où, à la suite d'une demande, il communique, en tout ou en partie, un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement, le responsable d'une institution fédérale est tenu d'y joindre une note explicative des méthodes utilisées pour effectuer les essais.

(4) Pour l'application du présent article, les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement ne comprennent pas les résultats d'essais préliminaires qui ont pour objet la mise au point de méthodes d'essais.

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers: pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

...

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

(2) Such committee as may be designated or established under section 75 shall review every provision set out in Schedule II and shall, not later than July 1, 1986 or, if Parliament is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that Parliament is sitting, cause a report to be laid before Parliament on whether and to what extent the provisions are necessary.

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

...

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

[...]

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

(2) Le comité prévu à l'article 75 examine toutes les dispositions figurant à l'annexe II et dépose devant le Parlement un rapport portant sur la nécessité de ces dispositions, ou sur la mesure dans laquelle elles doivent être conservées, au plus tard le 1^{er} juillet 1986, ou, si le Parlement ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance ultérieurs.

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[...]

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir:

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

(a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);

(b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and

(c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(a) or (b) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

28. (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants:

a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);

b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;

c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)a) ou b), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

28. (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu:

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants:

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande

unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

...

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.

...

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

...

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21

3. In this Act,

recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

[. . .]

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.

[. . .]

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

[. . .]

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21

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

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

...

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

...

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

[. . .]

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

[. . .]

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

[. . .]

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

A-521-02
2003 FCA 104

A-521-02
2003 CAF 104

Terry Balisky, Marcia Balisky, Bev Collin Holdings Ltd., Byron Bue, Raymond Bue, Peter Eggers, Levke Eggers, Bryan Ellingson, Charles Evaskevich, Nora Evaskevich, Brian Fast, Teresa Fast, Doug Gabert, Raymond Gilkyson, Vicki Gilkyson, James Glasman, Elaine Glasman, Stirling Hanson, Laura Hanson, Roger Jones, Fern Jones, Don Liland, Linda Liland, Mario Marouelli, Jamie Marouelli, Donald Meador, Mona Middleton, Glen Haughian, Brian Moe, Janice Moe, Randy Moe, Kris Moe, Franklin Moller, Lloyd Olley, Katherine Olley, Don Pedersen, Kane Piper, Robert Richards, Ada Richards, Cornie Schmidt, Priscilla Schmidt, Albert Slater, Ken Slater, Dale Smith, Gwen Smith, Gordon Strate, Frank Thederahn, Irma Thederahn and Ed Welsh (*Appellants*)

v.

The Honourable Ralph Goodale, Minister of Natural Resources and Alliance Pipeline Ltd. (*Respondents*)

INDEXED AS: *BALISKY v. CANADA (MINISTER OF NATURAL RESOURCES) (C.A.)*

Court of Appeal, Rothstein, Evans and Malone JJ.A.—Edmonton, February 3; Ottawa, February 27, 2003.

Energy — “Controlled area” adjacent to pipeline right-of-way — Landowners’ damages claim — Whether referable to Arbitration Committee under National Energy Board Act, Part V — S. 90 arbitration notice served on Minister who ruled claim not referable — Decision upheld on judicial review — Reversed by F.C.A. — Act, s. 112(1) describing “controlled area”, prohibiting certain construction work near pipeline without leave of National Energy Board — F.C.T.D. Judge holding s. 84 restricting matters with which Committee may deal, “controlled area” claims too remote for direct connection in s. 84 — S. 75 providing pipeline company pay compensation for all damage due to exercise of statutory powers — Either side may serve arbitration notice where unable to settle dispute — Minister’s duty: send notice on to Committee, establish Committee if none exists — Under s. 97(1), Committee has jurisdiction to decide all compensation claims in arbitration notice — Matters excluded from arbitration by s. 84(a): highway accidents, defamation, wrongful dismissal claims — Not excluding claims arising due to s. 112(1) — F.C.T.D. Judge wrong in differentiating

Terry Balisky, Marcia Balisky, Bev Collin Holdings Ltd., Byron Bue, Raymond Bue, Peter Eggers, Levke Eggers, Bryan Ellingson, Charles Evaskevich, Nora Evaskevich, Brian Fast, Teresa Fast, Doug Gabert, Raymond Gilkyson, Vicki Gilkyson, James Glasman, Elaine Glasman, Stirling Hanson, Laura Hanson, Roger Jones, Fern Jones, Don Liland, Linda Liland, Mario Marouelli, Jamie Marouelli, Donald Meador, Mona Middleton, Glen Haughian, Brian Moe, Janice Moe, Randy Moe, Kris Moe, Franklin Moller, Lloyd Olley, Katherine Olley, Don Pedersen, Kane Piper, Robert Richards, Ada Richards, Cornie Schmidt, Priscilla Schmidt, Albert Slater, Ken Slater, Dale Smith, Gwen Smith, Gordon Strate, Frank Thederahn, Irma Thederahn et Ed Welsh (*appelants*)

c.

L’honorable Ralph Goodale, ministre des Ressources naturelles, et Alliance Pipeline Ltd. (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *BALISKY c. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES NATURELLES) (C.A.)*

Cour d’appel, juges Rothstein, Evans et Malone, J.C.A.—Edmonton, 3 février; Ottawa, 27 février 2003.

Énergie — «Zone contrôlée» adjacente au droit de passage d’un pipeline — Demandes d’indemnité présentées par les propriétaires — Les réclamations pouvaient-elles être renvoyées à un comité d’arbitrage constitué en vertu de la Loi sur l’Office national de l’énergie, partie V? — Avis d’arbitrage selon l’art. 90 signifié au ministre, qui a décidé que les réclamations ne pouvaient être renvoyées à un comité d’arbitrage — Décision confirmée à la suite d’un contrôle judiciaire — Infirmée par la C.A.F. — L’art. 112(1) de la Loi, décrit ce qu’est une «zone contrôlée», une zone où certains travaux de construction sont interdits près du pipeline sans l’autorisation de l’Office national de l’énergie — Le juge de la Section de première instance avait estimé que l’art. 84 circonscrit les questions pouvant être soumises à un comité d’arbitrage et que les réclamations résultant de la «zone contrôlée» étaient trop éloignées pour répondre au lien direct exigé par l’art. 84 — L’art. 75 prévoit qu’une compagnie de pipeline doit payer une indemnité pour les dommages résultant de l’exercice des pouvoirs que lui confère la loi — L’une ou l’autre des parties peut signifier un avis d’arbitrage si les

between damages from right-of-way acquisition, statutory public safety requirements — Purpose of Part V arbitration scheme: expeditious disposition of landowners' damages claims against pipelines companies — Argument s. 112(1) not imposing severe restrictions as Board leave easily secured rejected — Leave requirement reducing land value as purchaser unwilling to run regulatory risk.

This was an appeal from the decision, upon an application for judicial review, of a Judge of the Trial Division upholding the decision of the Minister of Natural Resources that a claim for damages to the “controlled area” adjacent to a pipeline right-of-way was inappropriate for determination by an Arbitration Committee under *National Energy Board Act*, Part V.

Respondent, Alliance Pipeline Ltd. and an American affiliate, own a natural gas pipeline extending from British Columbia to Illinois. The National Energy Board and the Governor in Council had approved the Canadian portion of this pipeline project. Most of the land was acquired by agreement, with the balance secured by right-of-entry orders granted by the Board. Appellants served upon the Minister a section 90 notice of arbitration claiming compensation for lands within the “controlled area” as well as other relief.

The issue in this appeal was one of precedential importance as it required the interpretation of Act, Part V to determine whether an Arbitration Committee may deal with compensation for damage to a “controlled area” as described in Act, subsection 112(1). That subsection prohibits certain construction activities within 30 metres of a pipeline without leave of the Board first having been obtained. The 30-metre strips on either side of a pipeline right-of-way are known as the “controlled area” and they remain in the ownership of whoever was the owner prior to the land for the right-of-way being taken. Appellants say that subsection 112(1) limits their ability to utilize power equipment to excavate for building

parties ne parviennent pas à régler leur différend — Obligation du ministre: envoyer un avis au comité, et établir un comité si aucun n'existe — Selon l'art. 97(1), le comité a le pouvoir de régler toutes les questions d'indemnité mentionnées dans l'avis d'arbitrage — Matières exclues de l'arbitrage par l'art. 84a): accidents de la route, diffamation ou congédiement injuste — L'art. 84a) n'a pas pour effet d'exclure de l'arbitrage les demandes d'indemnité résultant de l'art. 112(1) — Le juge de la Section de première instance a eu tort de faire une distinction entre les dommages résultant de l'acquisition du droit de passage et les dommages résultant des exigences de sécurité publique imposées par la loi — Objet du régime d'arbitrage établi par la partie V: assurer le règlement rapide des réclamations de dommages-intérêts des propriétaires à l'encontre des compagnies de pipeline — Rejet de l'argument selon lequel l'art. 112(1) n'impose pas de limites sévères puisque l'autorisation de l'Office peut être facilement obtenue — L'obligation d'obtenir l'autorisation de l'Office risque de réduire la valeur des terrains car les acheteurs ne voudront pas assumer ce risque administratif.

Il s'agissait d'un appel, par demande de contrôle judiciaire, de la décision d'un juge de la Section de première instance qui avait confirmé la décision du ministre des Ressources naturelles selon laquelle une réclamation pour préjudice subi par la «zone contrôlée» contiguë au droit de passage d'un pipeline ne pouvait être renvoyée à un comité d'arbitrage constitué en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'Énergie*, partie V.

L'intimée, Alliance Pipeline Ltd., et sa société affiliée américaine sont les propriétaires d'un pipeline de gaz naturel allant de la Colombie-Britannique à l'Illinois. L'Office national de l'énergie et le gouverneur en conseil avaient approuvé la partie canadienne de ce pipeline. La plupart des terrains avaient été acquis de gré à gré, et les terrains restants avaient été obtenus à la faveur d'ordonnances d'accès accordées par l'Office. Les appelants ont signifié au ministre, selon l'article 90, un avis d'arbitrage dans lequel ils demandaient une indemnité pour les terrains se trouvant à l'intérieur de la «zone contrôlée», ainsi que d'autres redressements.

Le point soulevé dans cet appel allait avoir valeur de précédent car il se rapportait à l'interprétation de la Loi, partie V, c'est-à-dire à la question de savoir si un comité d'arbitrage peut statuer sur l'indemnité payable pour de présumés dommages afférents à une «zone contrôlée» décrite au paragraphe 112(1) de la Loi. Cette disposition interdit certaines activités de construction dans un périmètre de 30 mètres du pipeline si l'autorisation de l'Office n'a pas été obtenue au préalable. La bande de 30 mètres de part et d'autre du droit de passage d'un pipeline est appelée la «zone contrôlée» et elle reste la propriété de celui ou de ceux à qui elle appartenait avant que ne soit pris le droit de passage du pipeline. Les

foundations and to dig drainage ditches and dugouts to water their animals.

The Judge below interpreted Act, section 84 (which lists matters not open to arbitration) as restricting the authority of an Arbitration Committee to determining damages directly related to land acquisition or the construction, inspection, maintenance or repair of the pipeline. The Trial Division Judge was of opinion that a claim in relation to the “controlled area” was too remote to satisfy the direct connection spoken of in section 84.

Held, the appeal should be allowed.

The Judge’s interpretation of section 84 could not be agreed with. Section 75 provides that a pipeline company shall pay full compensation for all damage incurred due to its exercise of powers granted by the statute. Under subsections 88(1) and 90(1), where a company and a landowner have failed to reach agreement as to compensation for land acquisition or for damages resulting from company operations, either side may request the Minister to refer the dispute to arbitration. The duty of the Minister, once served with a notice of arbitration, is forthwith to serve the notice on an Arbitration Committee and, if no such Committee exists, to appoint one and serve the notice upon it. Under subsection 97(1), a Committee has jurisdiction to determine all compensation matters referred to in the notice of arbitration. Respondent’s argument was that paragraph 84(a) precludes claims arising from the effect of subsection 112(1) from referral to a Committee.

An analysis of the statutory scheme might be commenced by noting that the subject-matter of paragraph 84(a) was limited to company activities, while paragraph 90(1), by reference, incorporates land acquisition and corporate operations referred to in subsection 88(1). Since paragraph 84(a) refers only to corporate activities and limits what may be referred, its scope must be narrower than land acquisition and corporate operations. From the context in which the word activities is used in paragraph 84(a), it would appear to refer to the actions of such persons as employees and subcontractors and to be directed at negligent acts causing damage to a landowner. What paragraph 84(a) excludes from arbitration are matters not directly related to land acquisition (surveying for example), construction and repair and would include highway traffic accidents and claims relating to defamation or wrongful

appelants disent que le paragraphe 112(1) limite leur capacité d’utiliser des équipements motorisés pour creuser des fondations d’édifices, des fossés d’irrigation ou des tranchées destinées à l’abreuvement des animaux.

Selon le juge de la Section de première instance, l’article 84 (qui énumère les sujets non susceptibles d’arbitrage) limite le pouvoir d’un comité d’arbitrage à la fixation des dommages-intérêts qui se rapportent directement soit à l’acquisition de terrains, soit à la construction, à l’inspection, à l’entretien ou à la réparation du pipeline. Le juge de la Section de première instance avait exprimé l’avis qu’une demande d’indemnité se rapportant à la «zone contrôlée» était trop éloignée pour répondre au lien direct exigé par l’article 84.

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

Il a été impossible à la Section d’appel d’accepter l’interprétation de l’article 84 proposée par le juge de la Section de première instance. L’article 75 prévoit qu’une compagnie de pipeline doit indemniser pleinement tous les intéressés des dommages qu’ils ont subis en raison de l’exercice des pouvoirs conférés par la loi à la compagnie. Selon les paragraphes 88(1) et 90(1), lorsque la compagnie de pipeline et le propriétaire ne parviennent pas à s’entendre sur l’indemnité à payer pour l’acquisition d’un terrain ou pour les dommages subis par le propriétaire en raison des activités de la compagnie, l’une ou l’autre des parties peut demander au ministre de soumettre le différend à l’arbitrage. Lorsqu’un avis d’arbitrage est signifié au ministre, le ministre doit immédiatement signifier l’avis à un comité d’arbitrage et, s’il n’existe pas un tel comité, il doit en nommer un et lui signifier l’avis. Selon le paragraphe 97(1), le comité d’arbitrage a le pouvoir de régler toutes les questions d’indemnité mentionnées dans l’avis d’arbitrage. L’argument de l’intimé était que l’alinéa 84a) empêche le comité d’arbitrage d’examiner les demandes d’indemnité qui résultent des restrictions établies par le paragraphe 112(1).

Une analyse du régime législatif pourrait commencer par l’observation selon laquelle l’objet de l’alinéa 84a) se limite aux activités de la compagnie, tandis que le paragraphe 90(1) incorpore par référence deux aspects mentionnés dans le paragraphe 88(1), l’aspect de l’achat de terrains et l’aspect des activités de la compagnie. Puisque l’alinéa 84a) ne concerne que les activités de la compagnie, et puisqu’il limite les questions qui peuvent être renvoyées à un comité d’arbitrage, sa portée doit être plus étroite que l’achat de terrains et les opérations de la compagnie. D’après le contexte dans lequel le mot «activités» est employé dans l’alinéa 84a), il semblerait que ce mot s’entend des actes des employés, sous-traitants ou autres et il semblerait s’agir des actes négligents qui causent un préjudice au propriétaire du terrain. Ce que l’alinéa 84a) exclut de l’arbitrage, ce sont les questions qui ne sont pas directement

dismissal. Neither the included nor excluded activities mentioned in paragraph 84(a) have anything to do with the impact of subsection 112(1) on landowners adjacent to a pipeline right-of-way. Claims for compensation related to that subsection do not arise from activities of the company as that term is used in paragraph 84(a). Nor would paragraph 84(a) exclude from arbitration claims for damages resulting from the everyday operation of the pipeline.

The Trial Division Judge mistakenly differentiated between damages resulting from right-of-way acquisition and those arising from statutory public safety requirements. There was no suggestion that landowners were not to be compensated for the loss of their real property and for the adverse impacts of severance. Even though it is the statute that, in the public interest, places limitations on a landowner's use of land in a "controlled area", the result may be a diminution of land value. There was no reason why a landowner should be unable to have a claim arising from a loss of that nature treated in the same way as one for any other adverse effect to remaining land caused by a pipeline's presence. The Part V arbitration scheme was designed to provide a summary and expeditious procedure for the determination of damages caused to landowners by pipelines. Why should claims related to a "controlled area" be excluded from the statutory scheme? It is, of course, for the Arbitration Committee to determine, upon the evidence, whether, indeed, damages were suffered due to "controlled area" limitations.

An argument put forward by respondents was that subsection 112(1) does not impose upon landowners that severe a restriction in that it is easy to secure leave from the Board. Appellants countered by suggesting that the leave requirement could diminish land value as a potential purchaser might prefer not to have to contend with such a regulatory risk. Respondents were unable to contradict that submission.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 75, 84, 88(1), 90, 91, 97(1), 104, 112(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 28).

APPEAL from the decision of a Trial Division Judge (2002 FCT 976; [2002] F.C.J. No. 1266 (QL)) that

rattachées à l'acquisition de terrains (par exemple les activités d'arpentage), à la construction et à la réparation, et ce serait notamment les accidents de la route et les réclamations pour diffamation ou congédiement injuste. Ni les activités exclues ni les activités incluses dont parle l'alinéa 84a) n'ont de rapport avec l'effet du paragraphe 112(1) sur les propriétaires de terrains contigus au droit de passage d'un pipeline. Les demandes d'indemnité résultant du paragraphe 112(1) ne découlent pas d'activités de la compagnie au sens où le mot «activités» est employé dans l'alinéa 84a). L'alinéa 84a) n'exclurait pas non plus de l'arbitrage les demandes d'indemnité résultant de l'exploitation ordinaire du pipeline.

Le juge de la Section de première instance avait fait une distinction erronée entre les dommages résultant de l'acquisition du droit de passage et les dommages résultant des exigences de sécurité publique imposées par la loi. Il n'était nulle part mentionné que les propriétaires ne seraient pas indemnisés pour la perte de leurs terrains et pour l'effet préjudiciable du démembrement de propriété. Même si c'est la loi qui, dans l'intérêt public, place une limite à l'utilisation, par un propriétaire, d'un terrain sis dans une «zone contrôlée», le résultat peut être une perte de valeur pour le propriétaire. Il n'y avait aucune raison pour laquelle un propriétaire devrait être empêché de demander réparation pour une telle perte, tout comme il pourrait demander réparation pour tout autre effet préjudiciable sur les terrains restants, par suite de la présence du pipeline. Le régime d'arbitrage prévu par la partie V a été conçu pour offrir une procédure sommaire et expéditive d'établissement des dommages subis par les propriétaires touchés par un pipeline. Pourquoi les demandes d'indemnité se rapportant à une «zone contrôlée» devraient-elles être exclues du régime législatif? Il appartient naturellement au comité d'arbitrage de dire, d'après les faits, si des dommages ont effectivement été subis en raison des limites imposées à la «zone contrôlée».

Un argument avancé par les intimés était que le paragraphe 112(1) n'impose pas aux propriétaires une limite si sérieuse, en ce sens qu'il est facile pour eux d'obtenir l'autorisation de l'Office. Les appelants ont répondu en disant que l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'Office risquait de réduire la valeur des terrains puisque l'éventuel acheteur pourrait voir là un risque administratif qu'il ne voudra sans doute pas assumer. Les intimés n'ont pu contredire cet argument.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 75, 84, 88(1), 90, 91, 97(1), 104, 112(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 28).

APPEL à l'encontre de la décision d'un juge de la Section de première instance (2002 CFPI 976; [2002]

landowners' claims related to the "controlled area" adjacent to a pipeline right-of-way could not be dealt with by an Arbitration Committee under Part V of the *National Energy Board Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

J. Darryl Carter, Q.C. for appellants.
Lars H. Olthafer for respondent Alliance Pipeline Ltd.
Bruce F. Hughson for respondent Minister of Natural Resources.

SOLICITORS OF RECORD:

Carter, Lock & Horrigan, Grande Prairie, Alberta, for appellants.
Fraser Milner Casgrain LLP, Calgary, for respondent Alliance Pipeline Ltd.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Natural Resources.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] Under Part V of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, when a company having the authority to construct and operate a pipeline takes land for the use of the pipeline and compensation is not agreed upon with a person whose land is taken, either party may serve a notice of arbitration on the Minister of Natural Resources. The Minister shall then refer the matter to an Arbitration Committee for the purpose of the determination of compensation. However, if a matter referred to in the notice of arbitration is not one to which the arbitration proceedings under the Act apply, the Minister shall not refer that matter to arbitration.

[2] The issue in this appeal is whether the Minister must refer to an Arbitration Committee claims for

A.C.F. n° 1266 (QL)), selon laquelle les demandes d'indemnité faites par des propriétaires pour la «zone contrôlée» adjacente au droit de passage d'un pipeline ne pouvaient être renvoyées à un comité d'arbitrage selon la partie V de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

J. Darryl Carter, c.r., pour les appelants.
Lars H. Olthafer pour l'intimée Alliance Pipeline Ltd.
Bruce F. Hughson pour l'intimé le ministre des Ressources naturelles.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Carter, Lock & Horrigan, Grande Prairie (Alberta), pour les appelants.
Fraser Milner Casgrain LLP, Calgary, pour l'intimée Alliance Pipeline Ltd.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé, le ministre des Ressources naturelles.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Selon la partie V de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, lorsqu'une société ayant le pouvoir de construire et d'exploiter un pipeline s'empare d'un terrain pour l'utilisation du pipeline et qu'une indemnité n'est pas arrêtée avec le propriétaire du terrain, l'une ou l'autre des parties peut signifier au ministre des Ressources naturelles un avis d'arbitrage. Le ministre soumet alors l'affaire à un comité d'arbitrage pour qu'il détermine l'indemnité. Cependant, si l'affaire mentionnée dans l'avis d'arbitrage n'est pas une affaire à laquelle s'appliquent les procédures d'arbitrage prévues par la Loi, le ministre ne doit pas soumettre l'affaire à l'arbitrage.

[2] Dans le présent appel, la question est de savoir si le ministre doit renvoyer à un comité d'arbitrage les

compensation for alleged damages involving what is termed the “controlled area” adjacent to the right-of-way of the pipeline.

[3] The Minister determined that such claims by the applicants in this case did not fit within the arbitration scheme under Part V of the Act. He, therefore, refused to refer these claims to an Arbitration Committee. The appellants’ application for judicial review to the Federal Court Trial Division was dismissed [2002 FCT 976; [2002] F.C.J. No. 1266 (T.D.) (QL)]. This is an appeal from that dismissal.

FACTS

[4] The facts are not in dispute and I paraphrase them from the decision of the judicial review Judge. Alliance Pipeline Ltd. (Alliance) and its U.S. affiliate own and operate a natural gas pipeline extending from the northeast region of British Columbia to a point near Chicago, Illinois (the pipeline). In 1998, Alliance obtained approval from the National Energy Board and the Governor in Council to construct and operate the Canadian portion of the pipeline.

[5] Most of the land required for the right-of-way of the pipeline was acquired by agreement. In those cases in which agreement could not be reached, Alliance applied for and was granted right-of-entry orders by the National Energy Board pursuant to section 104 of the Act.

[6] Pursuant to section 90 of the Act, each of the appellants served a notice of arbitration upon the Minister which requested, among other things, compensation for the lands within the controlled area.

[7] The Minister, by letter dated January 10, 2001, advised the parties that Arbitration Committees would be appointed under the Act to consider the matters contained in the notices of arbitration, except those relating to compensation for the controlled area because he was not satisfied that they fell within the arbitration procedures under Part V of the Act.

demandes d’indemnité pour présumés dommages afférents à ce qu’il est convenu d’appeler la «zone contrôlée» adjacente au droit de passage du pipeline.

[3] Le ministre a estimé que les réclamations des demandeurs dans cette affaire ne cadraient pas avec le régime d’arbitrage prévu par la partie V de la Loi. Il a donc refusé de renvoyer les réclamations à un comité d’arbitrage. La demande de contrôle judiciaire présentée par les appelants à la Section de première instance de la Cour fédérale a été rejetée [2002 CFPI 976; [2002] A.C.F. n° 1266 (1^{re} inst.) (QL)]. D’où le présent appel.

LES FAITS

[4] Les faits ne sont pas contestés et je les répéterai ici en m’inspirant du jugement de la Section de première instance. Alliance Pipeline Ltd. (Alliance) et sa société affiliée américaine sont les propriétaires et exploitants d’un pipeline de gaz naturel allant de la région nord-est de la Colombie-Britannique jusqu’à un point situé près de Chicago, Illinois (le pipeline). En 1998, Alliance était autorisée par l’Office national de l’énergie et par le gouverneur en conseil à construire et à exploiter la partie canadienne du pipeline.

[5] La plupart des terrains requis pour le droit de passage du pipeline ont été acquis de gré à gré. Dans les cas où cette forme de cession n’a pas été possible, Alliance a demandé à l’Office national de l’énergie, conformément à l’article 104 de la Loi, de rendre des ordonnances lui accordant un droit d’accès. L’Office a rendu les ordonnances demandées.

[6] En application de l’article 90 de la Loi, chacun des appelants a signifié au ministre un avis d’arbitrage dans lequel il demandait, entre autres, une indemnité pour les terrains se trouvant dans la zone contrôlée.

[7] Par lettre datée du 10 janvier 2001, le ministre avait informé les parties que des comités d’arbitrage seraient constitués en vertu de la Loi pour examiner les points soulevés dans les avis d’arbitrage, sauf les questions se rapportant à l’indemnité pour la zone contrôlée, parce qu’il n’était pas persuadé qu’elles relevaient des procédures d’arbitrage prévues par la partie V de la Loi.

[8] By order dated September 13, 2001, the application for judicial review of the Minister's decision was dismissed.

ANALYSIS

Standard of Review

[9] The parties are agreed that the standard of review of the Minister's decision is correctness. The issue involves the interpretation of Part V of the Act. The Act contains no privative clause and the determination of what matters may be referred to an Arbitration Committee will have precedential importance. I agree with the parties that the standard of review is correctness.

The Controlled Area

[10] At issue is whether an Arbitration Committee appointed under Part V of the Act may deal with compensation for alleged damage involving the controlled area described in subsection 112(1) [as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 28] of the Act. Subsection 112(1) provides:

112. (1) Subject to subsection (5), no person shall, unless leave is first obtained from the Board, construct a facility across, on, along or under a pipeline or excavate using power-operated equipment or explosives within thirty metres of a pipeline.

[11] The 30 metres referred to in subsection 112(1) is a 30-metre strip adjacent to either side of a pipeline right-of-way. These 30 metre strips are commonly referred to as the controlled area. The controlled area is not land taken for the pipeline right-of-way which is usually a strip about 18 metres wide. The controlled area remains in the ownership of the person or persons who owned it before the pipeline right-of-way was taken.

[12] The portion of subsection 112(1) relevant to this appeal provides that these landowners shall not excavate using power-operated equipment or explosives in the controlled area without first

[8] Par une ordonnance datée du 13 septembre 2001, la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre fut rejetée.

ANALYSE

Norme de contrôle

[9] Les parties s'entendent pour dire que la norme de contrôle de la décision du ministre est la norme de la décision correcte. La question se rapporte à l'interprétation de la partie V de la Loi. La Loi ne renferme aucune clause privative et le point de savoir quelles questions peuvent être renvoyées à un comité d'arbitrage aura valeur de précédent. Je reconnais avec les parties que la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

La zone contrôlée

[10] Il s'agit de savoir si un comité d'arbitrage constitué en vertu de la partie V de la Loi peut statuer sur l'indemnité payable pour de présumés dommages afférents à la zone contrôlée décrite au paragraphe 112(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 28] de la Loi. Voici le texte du paragraphe 112(1):

112. (1) Sous réserve du paragraphe (5), il est interdit, sans l'autorisation de l'Office, soit de construire une installation au-dessus, au-dessous ou le long d'un pipeline, soit de se livrer à des travaux d'excavation, avec de l'équipement motorisé ou des explosifs, dans un périmètre de trente mètres autour d'un pipeline.

[11] Les 30 mètres mentionnés dans le paragraphe 112(1) s'entendent d'une bande de 30 mètres contiguë à l'un ou l'autre des côtés du droit de passage d'un pipeline. Cette bande de 30 mètres est communément appelée la zone contrôlée. La zone contrôlée n'est pas le terrain destiné au droit de passage du pipeline, lequel est généralement une bande d'une largeur d'environ 18 mètres. La zone contrôlée reste la propriété de celui ou de ceux à qui elle appartenait avant que ne soit pris le droit de passage du pipeline.

[12] La partie du paragraphe 112(1) qui intéresse le présent appel prévoit que les propriétaires ne peuvent, sans avoir d'abord obtenu l'autorisation de l'Office, se livrer à des travaux de creusement dans la zone

obtaining approval from the Board.

[13] The type of activity that the appellants say is limited by subsection 112(1) includes their use of power-operated equipment to dig drainage ditches, foundations for a building, or dugouts for water for animals. They say that they are entitled to refer to an Arbitration Committee claims for compensation for damages arising out from limits imposed by subsection 112(1).

Judgments Below

[14] The judicial review Judge was of the opinion that compensation for the controlled area was not a matter that could be referred to an Arbitration Committee. She relied upon section 84 which sets out the restrictions on the matters that may be covered by negotiation and arbitration procedures in Part V. Section 84 reads:

84. The provisions of this Part that provide negotiation and arbitration procedures to determine compensation matters apply in respect of all damage caused by the pipeline of a company or anything carried by the pipeline but do not apply to

(a) claims against a company arising out of activities of the company unless those activities are directly related to

- (i) the acquisition of lands for a pipeline,
- (ii) the construction of the pipeline, or
- (iii) the inspection, maintenance or repair of the pipeline;

(b) claims against a company for loss of life or injury to the person; or

(c) awards of compensation or agreements respecting compensation made or entered into prior to March 1, 1983.

[15] At paragraph 19 of her reasons, the judicial review Judge found that paragraph 84(a) restricted the role of an Arbitration Committee to determining damages that were directly related to either the acquisition of land, or the construction, inspection, maintenance or repair of the pipeline. Because the

contrôlée, en utilisant des équipements motorisés ou des explosifs.

[13] Les activités qui, selon les appelants, leur sont interdites par le paragraphe 112(1) comprennent l'utilisation d'équipements motorisés pour creuser des fossés d'irrigation, des fondations d'édifices ou des tranchées destinées à l'abreuvement des animaux. Ils disent qu'ils sont fondés à renvoyer à un comité d'arbitrage les demandes d'indemnité pour dommages découlant des limites imposées par le paragraphe 112(1).

Le jugement de la Section de première instance et la décision du ministre

[14] Le juge de la Section de première instance a exprimé l'avis que l'indemnité visant la zone contrôlée n'était pas une question susceptible d'être renvoyée à un comité d'arbitrage. Elle s'est fondée sur l'article 84, qui circonscrit les questions pouvant être soumises à des procédures de négociation et d'arbitrage selon la partie V. Voici le texte de l'article 84:

84. Les procédures de négociation et d'arbitrage prévues par la présente partie pour le règlement des questions d'indemnité s'appliquent en matière de dommages causés par un pipeline ou ce qu'il transporte, mais ne s'appliquent pas:

a) aux demandes relatives aux activités de la compagnie qui ne sont pas directement rattachées à l'une ou l'autre des opérations suivantes:

- (i) acquisition de terrains pour la construction d'un pipeline,
- (ii) construction de celui-ci,
- (iii) inspection, entretien ou réparation de celui-ci;

b) aux demandes dirigées contre la compagnie pour dommages à la personne ou décès;

c) aux décisions et aux accords d'indemnisation intervenus avant le 1^{er} mars 1983.

[15] Au paragraphe 19 de ses motifs, le juge de la Section de première instance a estimé que, selon l'alinéa 84(a), le comité d'arbitrage devait se limiter à fixer les dommages-intérêts qui se rapportaient directement soit à l'acquisition de terrains, soit à la construction, à l'inspection, à l'entretien ou à la réparation du pipeline.

controlled area is established by reason of subsection 112(1), it was not, in her view, related in any direct manner to the company's acquisition of the pipeline right-of-way itself.

[16] At paragraphs 23 and 25 of her reasons she stated:

In light of these definitions, the use of the word directly in section 84 of the Act will require the immediate participation of the pipeline company. As pointed out by the respondent Alliance, the "controlled area" established pursuant to section 112 of the Act is not related in any direct manner to the acquisition of the pipeline right-of-way itself. It is a statutory public safety requirement imposed on land owners by Parliament through the Act.

...

In my opinion, the claim for compensation for acquisition of lands by Alliance in relation to the "controlled area" is too remote to satisfy the direct connection prescribed by section 84 of the Act.

[17] The Minister had come to the same conclusion. In his decision finding that compensation for the controlled area did not fit within the statutory scheme, he stated that he was not satisfied that such compensation was "directly related to the compensation for damages caused by a pipeline company when constructing, maintaining or repairing the pipeline". Although he did not refer to paragraph 84(a) expressly, his reference to "directly related" strongly suggests that he was referring to the wording of that paragraph in coming to his conclusion.

The Statutory Scheme

[18] With respect, I am unable to agree with the interpretation given to section 84 by the Minister and the judicial review Judge.

[19] Section 75 provides that a company shall make full compensation for all damage sustained by reason of the exercise by the company of the powers granted to it under the Act. Section 75 provides:

75. A company shall, in the exercise of the powers granted by this Act or a Special Act, do as little damage as possible,

Puisque la zone contrôlée est établie en application du paragraphe 112(1), elle n'était pas, à son avis, rattachée directement à l'acquisition, par la compagnie, du droit de passage proprement dit du pipeline.

[16] Aux paragraphes 23 et 25 de ses motifs, elle s'est exprimée ainsi:

Eu égard à ces définitions, l'emploi du mot «directement», à l'article 84 de la Loi, évoque la participation immédiate de la compagnie de pipeline. Comme l'a fait observer la défenderesse Alliance, la «zone contrôlée» établie conformément à l'article 112 de la Loi n'est pas directement rattachée à l'acquisition de la servitude elle-même constituée par le pipeline. Il s'agit d'une condition touchant la sécurité publique qui est imposée aux propriétaires par le législateur fédéral.

[...]

À mon avis, la demande d'indemnité pour l'acquisition par Alliance de terrains devant constituer la «zone contrôlée» est trop éloignée pour répondre au lien direct exigé par l'article 84 de la Loi.

[17] Le ministre était arrivé à la même conclusion. Estimant que l'indemnité relative à la zone contrôlée ne cadrerait pas avec le régime législatif, il avait déclaré qu'il n'était pas convaincu qu'une telle indemnité fût [TRADUCTION] «directement rattachée à l'indemnité pour dommages causés par une compagnie de pipeline à l'occasion de la construction, de l'entretien ou de la réparation du pipeline». Il ne s'est pas expressément référé à l'alinéa 84a), mais les mots «directement rattachée» permettent de croire qu'en arrivant à sa conclusion, il avait à l'esprit le texte de cet alinéa.

Le régime législatif

[18] Malheureusement, il m'est impossible de souscrire à l'interprétation que donnent de l'article 84 le ministre et le juge de la Section de première instance.

[19] L'article 75 prévoit qu'une compagnie doit indemniser pleinement tous les intéressés des dommages qu'ils ont subis en raison de l'exercice par la compagnie des pouvoirs que lui confère la Loi. Voici le texte de l'article 75:

75. Dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi ou une loi spéciale, la compagnie doit veiller à

and shall make full compensation in the manner provided in this Act and in a Special Act, to all persons interested, for all damage sustained by them by reason of the exercise of those powers.

[20] When a pipeline company and a landowner have not agreed upon compensation for the acquisition of land for a pipeline or for damages suffered by the landowner as a result of the operations of the pipeline company, either party may request the Minister to refer the matter to negotiation and/or arbitration. Subsections 88(1) and 90(1) provide:

88. (1) Where a company and an owner of lands have not agreed on the amount of compensation payable under this Act for the acquisition of lands or for damages suffered as a result of the operations of the company or on any issue related to that compensation, the company or the owner may serve notice of negotiation on the other of them and on the Minister requesting that the matter be negotiated under subsection (3).

...

90. (1) Where a company or an owner of lands wishes to dispense with negotiation proceedings under this Part or where negotiation proceedings conducted under this Part do not result in settlement of any compensation matter referred to in subsection 88(1), the company or the owner may serve notice of arbitration on the other of them and on the Minister requesting that the matter be determined by arbitration.

[21] Where the Minister is served with a notice of arbitration, he shall forthwith refer the matter to an Arbitration Committee. Subsection 91(1) provides:

91. (1) Where the Minister is served with a notice of arbitration under this Part, the Minister shall,

(a) if an Arbitration Committee exists to deal with the matter referred to in the notice, forthwith serve the notice on that Committee; or

(b) if no Arbitration Committee exists to deal with the matter, forthwith appoint an Arbitration Committee and serve the notice on that Committee.

[22] Subsection 97(1) of the Act confers on an Arbitration Committee the jurisdiction to determine all compensation matters referred to in a notice of

causer le moins de dommages possibles et, selon les modalités prévues à la présente loi et à une loi spéciale, indemniser pleinement tous les intéressés des dommages qu'ils ont subis en raison de l'exercice de ces pouvoirs.

[20] Lorsque la compagnie de pipeline et le propriétaire ne s'entendent pas sur l'indemnité à payer pour l'acquisition d'un terrain en vue de la construction d'un pipeline, ou pour les dommages subis par le propriétaire en raison des activités de la compagnie, l'une ou l'autre des parties peut demander au ministre de soumettre la question à la négociation et/ou à l'arbitrage. Les paragraphes 88(1) et 90(1) sont ainsi rédigés:

88. (1) À défaut d'entente entre la compagnie et le propriétaire sur toute question touchant l'indemnité, notamment son montant, à payer en vertu de la présente loi pour l'achat de terrains ou pour les dommages causés par les activités de la compagnie, la compagnie ou le propriétaire peut signifier à l'autre partie et au ministre un avis demandant que la question fasse l'objet de la négociation prévue au paragraphe (3).

[...]

90. (1) Pour passer outre à la procédure de négociation ou en cas d'échec de celle-ci sur toute question visée au paragraphe 88(1), la compagnie ou le propriétaire peut signifier à l'autre partie et au ministre un avis d'arbitrage.

[21] Lorsqu'un avis d'arbitrage est signifié au ministre, le ministre doit immédiatement renvoyer l'affaire à un comité d'arbitrage. Voici le texte du paragraphe 91(1):

91. (1) Dès qu'un avis d'arbitrage lui est signifié, le ministre:

a) si un comité d'arbitrage a déjà été constitué pour régler la question mentionnée dans l'avis, signifie à celui-ci l'avis d'arbitrage;

b) dans le cas contraire, nomme un comité d'arbitrage et signifie l'avis à celui-ci.

[22] Le paragraphe 97(1) de la Loi donne au comité d'arbitrage le pouvoir de régler toutes les questions d'indemnité mentionnées dans l'avis d'arbitrage.

arbitration. In determining compensation matters, the Arbitration Committee shall consider a number of listed factors where they are applicable, as well as such other factors as it considers proper in the circumstances. Subsection 97(1) provides:

97. (1) An Arbitration Committee shall determine all compensation matters referred to in a notice of arbitration served on it and in doing so shall consider the following factors where applicable:

- (a) the market value of the lands taken by the company;
- (b) where annual or periodic payments are being made pursuant to an agreement or an arbitration decision, changes in the market value referred to in paragraph (a) since the agreement or decision or since the last review and adjustment of those payments, as the case may be;
- (c) the loss of use to the owner of the lands taken by the company;
- (d) the adverse effect of the taking of the lands by the company on the remaining lands of an owner;
- (e) the nuisance, inconvenience and noise that may reasonably be expected to be caused by or arise from or in connection with the operations of the company;
- (f) the damage to lands in the area of the lands taken by the company that might reasonably be expected to be caused by the operations of the company;
- (g) loss of or damage to livestock or other personal property affected by the operations of the company;
- (h) any special difficulties in relocation of an owner or his property; and
- (i) such other factors as the Committee considers proper in the circumstances.

[23] While the jurisdiction conferred by subsection 97(1) on an Arbitration Committee to determine compensation matters is broad, it is not unlimited. Subsection 91(2) provides that the Minister shall not refer certain matters to an Arbitration Committee. Subsection 91(2) provides:

91. . . .

(2) The Minister shall not take any action under subsection (1) where the Minister is satisfied that the matter referred to in a notice of arbitration served on the Minister is a matter

- (a) solely related to the amount of compensation that has been previously awarded by an Arbitration Committee and

Lorsqu'il examine les questions d'indemnité, le comité d'arbitrage doit tenir compte, le cas échéant, de plusieurs éléments énumérés, ainsi que des autres éléments dont il estime devoir tenir compte en l'espèce. Le paragraphe 97(1) est ainsi rédigé:

97. (1) Le comité d'arbitrage doit régler les questions d'indemnité mentionnées dans l'avis qui lui a été signifié, et tenir compte, le cas échéant, des éléments suivants:

- a) la valeur marchande des terrains pris par la compagnie;
- b) dans le cas de versements périodiques prévus par contrat ou décision arbitrale, les changements survenus dans la valeur marchande mentionnée à l'alinéa a) depuis la date de ceux-ci ou depuis leurs derniers révision et rajustement, selon le cas;
- c) la perte, pour leur propriétaire, de la jouissance des terrains pris par la compagnie;
- d) l'incidence nuisible que la prise des terrains peut avoir sur le reste des terrains du propriétaire;
- e) les désagréments, la gêne et le bruit qui risquent de résulter directement ou indirectement des activités de la compagnie;
- f) les dommages que les activités de la compagnie risquent de causer aux terrains de la région;
- g) les dommages aux biens meubles, notamment au bétail, résultant des activités de la compagnie;
- h) les difficultés particulières que le déménagement du propriétaire ou de ses biens pourrait entraîner;
- i) les autres éléments dont il estime devoir tenir compte en l'espèce.

[23] Le paragraphe 97(1) confère au comité d'arbitrage un pouvoir étendu lorsqu'il règle les questions d'indemnité, mais ce pouvoir n'est pas illimité. Le paragraphe 91(2) prévoit que le ministre doit s'abstenir de soumettre certaines questions au comité d'arbitrage. Voici le texte du paragraphe 91(2):

91. [. . .]

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans les cas où le ministre est convaincu que la question mentionnée dans l'avis d'arbitrage qui lui a été signifié:

- a) soit ne porte que sur le montant de l'indemnité accordé antérieurement par un comité d'arbitrage, lequel montant

that, under the award, the amount is not subject to a review at the time the notice is served; or

(b) to which the arbitration procedures set out in this Part do not apply.

[24] Section 84 commences by providing that arbitration procedures apply in respect of all damage caused by the pipeline or anything carried by the pipeline. It then provides that the arbitration procedures do not apply to claims against a pipeline company arising out of activities of the company, other than activities directly related to the acquisition of lands or the construction, inspection, maintenance or repair of the pipeline. For ease of reference, I repeat paragraph 84(a):

84. The provisions of this Part that provide negotiation and arbitration procedures to determine compensation matters apply in respect of all damage caused by the pipeline of a company or anything carried by the pipeline but do not apply to

(a) claims against a company arising out of activities of the company unless those activities are directly related to

- (i) the acquisition of lands for a pipeline,
- (ii) the construction of the pipeline, or
- (iii) the inspection, maintenance or repair of the pipeline;

The only question relevant to this appeal is whether paragraph 84(a) precludes an Arbitration Committee from considering claims for compensation arising from limitations affecting the controlled area pursuant to subsection 112(1).

[25] Under subsection 90(1), all claims for compensation for the acquisition of land or compensation for damages suffered as a result of the operations of the company are referable to negotiation or arbitration. Subsection 91(1) provides that the Minister shall, when served with a notice of arbitration, refer the matter to an Arbitration Committee. Subsection 97(1) describes the factors to be considered by an Arbitration Committee. Claims for compensation arising from the effect of subsection 112(1) would be claims that would be referable to an Arbitration Committee under subsection 90(1) and determinable by an Arbitration Committee under subsection 97(1). The respondents do

n'était pas, aux termes de la décision, susceptible de révision à la date de signification de l'avis;

b) soit est exclue de la procédure d'arbitrage.

[24] L'article 84 prévoit d'abord que les procédures d'arbitrage s'appliquent en matière de dommages causés par un pipeline ou ce qu'il transporte. Il dispose ensuite que les procédures d'arbitrage ne s'appliquent pas aux demandes relatives aux activités de la compagnie qui ne sont pas directement rattachées à l'acquisition de terrains pour la construction du pipeline, ou à la construction, à l'inspection, à l'entretien ou à la réparation du pipeline. Par souci de commodité, je répète ici l'alinéa 84a):

84. Les procédures de négociation et d'arbitrage prévues par la présente partie pour le règlement des questions d'indemnité s'appliquent en matière de dommages causés par un pipeline ou ce qu'il transporte, mais ne s'appliquent pas:

a) aux demandes relatives aux activités de la compagnie qui ne sont pas directement rattachées à l'une ou l'autre des opérations suivantes:

- (i) acquisition de terrains pour la construction d'un pipeline,
- (ii) construction de celui-ci,
- (iii) inspection, entretien ou réparation de celui-ci;

Le seul point qui intéresse le présent appel est de savoir si l'alinéa 84a) empêche le comité d'arbitrage d'examiner les demandes d'indemnité qui résultent des restrictions établies par le paragraphe 112(1) pour la zone contrôlée.

[25] Selon le paragraphe 90(1), toutes les demandes d'indemnité résultant de l'acquisition de terrains ou des dommages subis en raison des activités de la compagnie peuvent être soumises à la négociation ou à l'arbitrage. Le paragraphe 91(1) prévoit que le ministre doit, dès qu'un avis d'arbitrage lui est signifié, renvoyer la question à un comité d'arbitrage. Le paragraphe 97(1) énumère les éléments dont doit tenir compte le comité d'arbitrage. Les demandes d'indemnité résultant de l'effet du paragraphe 112(1) seraient des demandes susceptibles d'être soumises à un comité d'arbitrage aux termes du paragraphe 90(1) et susceptibles d'être réglées par un comité d'arbitrage aux termes du paragraphe

not submit otherwise. Their argument is that paragraph 84(a) precludes claims arising from the effect of subsection 112(1) from being referred to an Arbitration Committee.

Analysis of Statutory Scheme

[26] I start with the observation that the subject-matter of paragraph 84(a) is limited to activities of the company, whereas paragraph 90(1), by reference, incorporates the subjects of the acquisition of land and operations of the company referred to in subsection 88(1). Since paragraph 84(a) refers only to activities of the company, and since it limits what may be referred to an Arbitration Committee, its scope must be narrower than acquisition of land and operations of the company.

[27] From the context in which the word activities is used in paragraph 84(a), it seems to me that it refers to actions of employees, subcontractors or others acting on behalf of the pipeline company. Activities directly related to acquisition of land would include surveying. Activities directly related to construction would include the physical transportation of pipes and other materials to the right-of-way and the work necessary to bring the pipeline to a state in which it is ready for operation. Activities directly related to inspection, maintenance and repair of the pipeline would include the work of individuals once the pipeline was ready for use or was already in operation.

[28] Paragraph 84(a) appears to be directed at negligent or, perhaps, even innocent acts of employees, subcontractors or others acting on behalf of the pipeline company, such as those I have described, that cause damage to an owner of land. Conversely, damages arising from activities of employees, subcontractors or others acting for the company when those activities are not directly related to the aspects of the pipeline referred to in paragraph 84(a) cannot be referred to an Arbitration Committee. These activities might include activities that cause damage as a result of a highway traffic accident, defamation or wrongful dismissal.

[29] Neither the excluded nor included activities referred to in paragraph 84(a) have anything to do with

97(1). Les intimés ne disent pas le contraire. Leur argument est que l'alinéa 84a) empêche le ministre de soumettre à un comité d'arbitrage les demandes résultant de l'effet du paragraphe 112(1).

Analyse du régime législatif

[26] Je ferai d'abord observer que l'objet de l'alinéa 84a) se limite aux activités de la compagnie, tandis que le paragraphe 90(1) incorpore par référence deux aspects mentionnés dans le paragraphe 88(1), l'aspect de l'achat de terrains et l'aspect des activités de la compagnie. Puisque l'alinéa 84a) ne concerne que les activités de la compagnie, et puisqu'il limite les questions qui peuvent être renvoyées à un comité d'arbitrage, sa portée doit être plus étroite que l'achat de terrains et les activités de la compagnie.

[27] D'après le contexte dans lequel le mot «activités» est employé dans l'alinéa 84a), il me semble que ce mot s'entend des actes des employés, sous-traitants ou autres qui agissent au nom de la compagnie de pipeline. Les activités directement rattachées à l'achat de terrains engloberaient les activités d'arpentage. Les activités directement rattachées à la construction comprendraient le transport physique des conduites et autres matériaux jusqu'au droit de passage ainsi que les travaux nécessaires pour mettre le pipeline dans un état qui convienne à son exploitation. Les activités directement rattachées à l'inspection, à l'entretien et à la réparation du pipeline comprendraient les travaux postérieurs à la mise en état du pipeline pour exploitation.

[28] L'alinéa 84a) semble porter sur les actes négligents, voire les actes de bonne foi, accomplis par les préposés, les sous-traitants et autres au nom de la compagnie de pipeline, tels les actes que j'ai mentionnés, qui causent un préjudice au propriétaire du terrain. À l'inverse, le dommage résultant d'actes accomplis par des préposés, sous-traitants ou autres au nom de la compagnie lorsque tels actes ne sont pas directement rattachés aux aspects du pipeline mentionnés à l'alinéa 84a) ne peuvent être renvoyés à un comité d'arbitrage. Il pourrait s'agir d'actes qui causent des dommages par suite d'un accident de la route, d'une diffamation ou d'un congédiement injuste.

[29] Ni les activités exclues ni les activités incluses dont parle l'alinéa 84a) n'ont de rapport avec l'effet du

the effect of subsection 112(1) on landowners adjacent to a pipeline right-of-way. Claims for compensation arising from subsection 112(1) do not arise from activities of the company as that term is used in paragraph 84(a). They arise by virtue of the presence or existence of the pipeline.

[30] The operations of the pipeline company will certainly include the activities referred to in paragraph 84(a). However, the ordinary everyday use of the pipeline, beyond construction, maintenance, inspection and repair, also constitutes operations of the pipeline company. Just as paragraph 84(a) cannot be read to exclude from arbitration claims for damages arising from the ordinary operation of the pipeline, it cannot be read to exclude from arbitration claims for compensation arising from the effect of subsection 112(1). If section 84 has any relevance to subsection 112(1), it would be in the opening words, that arbitration applies “in respect of all damage caused by the pipeline of a company”.

[31] For these reasons, I am of the opinion that paragraph 84(a) does not preclude claims for compensation arising from the effect of subsection 112(1) from being referred to an Arbitration Committee.

[32] In finding that claims for compensation arising from subsection 112(1) could not be referred to an Arbitration Committee, the judicial review Judge differentiated between damages arising out of the acquisition of the pipeline right-of-way and damages arising from the public safety requirement imposed by statute. I am unable to accept the validity of this distinction. The acquisition of the pipeline right-of-way is pursuant to a right granted to the pipeline company by statute. Parliament considered it in the public interest that pipeline companies should have such rights, notwithstanding that they involve the compulsory taking of land to which a landowner might not otherwise agree. Nonetheless, there is no suggestion that landowners are not to be compensated for the loss of their land for the right-of-way and for the adverse effect on remaining land because of severance or other reasons. Even though it is the statute that places a limitation on the use of the

paragraphe 112(1) sur les propriétaires de terrains contigus au droit de passage d'un pipeline. Les demandes d'indemnité résultant du paragraphe 112(1) ne découlent pas d'activités de la compagnie au sens où le mot «activités» est employé à l'alinéa 84a). Elles découlent de la présence ou de l'existence du pipeline.

[30] Les activités de la compagnie de pipeline comprendront certainement les activités mentionnées à l'alinéa 84a). Cependant, l'exploitation quotidienne ordinaire du pipeline, abstraction faite de sa construction, de son entretien, de son inspection et de sa réparation, fait elle aussi partie des activités de la compagnie de pipeline. Tout comme l'alinéa 84a) ne peut avoir pour effet d'exclure de l'arbitrage les demandes d'indemnité résultant de l'exploitation ordinaire du pipeline, il ne saurait avoir pour effet d'exclure de l'arbitrage les demandes d'indemnité résultant de l'effet du paragraphe 112(1). Si l'article 84 intéresse de quelque façon le paragraphe 112(1), ce serait à raison des mots introductifs, selon lesquels les procédures d'arbitrage s'appliquent «en matière de dommages causés par un pipeline».

[31] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'alinéa 84a) n'empêche pas de soumettre au comité d'arbitrage les demandes d'indemnité résultant de l'effet du paragraphe 112(1).

[32] Lorsqu'elle a estimé que les demandes d'indemnité résultant du paragraphe 112(1) ne pouvaient être soumises à un comité d'arbitrage, le juge de la Section de première instance a fait une distinction entre les dommages résultant de l'acquisition du droit de passage du pipeline et les dommages résultant des exigences de sécurité publique imposées par la loi. Il m'est impossible d'accepter la validité de cette distinction. L'acquisition du droit de passage du pipeline résulte d'un droit conféré à la compagnie de pipeline par la loi. Le législateur a jugé conforme à l'intérêt public que les compagnies de pipeline soient investies de tels droits, bien qu'ils nécessitent la prise de possession obligatoire de terrains, une prise de possession à laquelle le propriétaire pourrait autrement ne pas consentir. Néanmoins, il n'est nulle part mentionné que les propriétaires ne seront pas indemnisés pour la perte de leurs terrains afférents au droit de passage et pour l'effet

controlled area by a landowner, and that such limitation is in the public interest, the result may be a loss in value to the landowner. There is no reason why subsection 97(1) should not apply and why a landowner should not be able to have a claim for such loss treated in the same manner as a claim for any other adverse effect to remaining land as a result of the presence of the pipeline.

[33] As I understand the purpose of the arbitration scheme in Part V, it is, amongst other things, to provide a summary and expeditious procedure for the determination of damages suffered by landowners affected by a pipeline, with the object of keeping them whole. Arbitration Committees are considered the appropriate forum for such determinations. I can see no valid reason why a loss arising out of a limitation placed on the controlled area that causes damage to an adjacent landowner should not be compensated for, or why the arbitration procedure should not be available for the determination of such compensation.

[34] In coming to this conclusion, I should not be taken as implying that there are damages suffered as a result of limitations on the controlled area generally or in any given case. That is a matter of evidence to be considered by an Arbitration Committee.

[35] The respondents argued that subsection 112(1) does not restrict landowners from using power-operated equipment or explosives in a controlled area. They say that subsection 112(1) only requires a landowner to obtain leave from the National Energy Board before any power-operated equipment or explosives are used. They say that obtaining leave is an easy matter and that, if a landowner is denied leave, only at that point can it be shown, without speculation, that there was an adverse effect that would give rise to a claim for compensation.

[36] The respondents go on to say that, prior to the enactment of subsection 112(1), a pipeline company

préjudiciable de cette perte sur les terrains restants, pour cause de démembrement ou autres. Même si c'est la loi qui place une limite à l'utilisation, par un propriétaire, de la zone contrôlée, et même si cette limite est conforme à l'intérêt public, le résultat peut être une perte de valeur pour le propriétaire. On ne voit pas pourquoi le paragraphe 97(1) ne devrait pas s'appliquer, ni pourquoi un propriétaire devrait être empêché de demander réparation pour une telle perte, tout comme il peut demander réparation pour tout autre effet préjudiciable sur les terrains restants, par suite de la présence du pipeline.

[33] Si je comprends bien l'objet du régime d'arbitrage prévu par la partie V, cet objet est notamment d'offrir une procédure sommaire et expéditive d'établissement des dommages subis par les propriétaires touchés par un pipeline, afin que leur situation demeure intacte. Le comité d'arbitrage est considéré comme l'instance compétente pour les décisions de ce genre. Il m'est impossible de voir pourquoi la perte résultant d'une restriction qui vise la zone contrôlée et qui cause un préjudice au propriétaire limitrophe devrait être soustraite à toute indemnité, ni pourquoi la procédure d'arbitrage ne devrait pas servir à établir l'indemnité.

[34] Par cette conclusion, je ne voudrais pas donner à entendre que des dommages sont subis, en général ou dans un cas donné, en raison de restrictions portant sur la zone contrôlée. C'est au comité d'arbitrage qu'il appartient d'apprécier la preuve en la matière.

[35] Les intimés affirment que le paragraphe 112(1) n'empêche pas les propriétaires d'utiliser dans une zone contrôlée un équipement motorisé ou des explosifs. Ils disent que le paragraphe 112(1) oblige seulement le propriétaire à obtenir l'autorisation de l'Office national de l'énergie avant de pouvoir utiliser un équipement motorisé ou des explosifs. D'après eux, obtenir une telle autorisation est tâche facile et, si l'autorisation est refusée au propriétaire, alors ce n'est qu'à ce moment que l'on peut prouver, sans se livrer à des conjectures, qu'il y a eu effet préjudiciable pouvant donner lieu à une demande d'indemnité.

[36] Puis les intimés affirment que, avant la promulgation du paragraphe 112(1), une compagnie de

could, in an appropriate case, obtain an injunction against an adjacent landowner from excavating using power-operated equipment or explosives on land close to a pipeline when this might interfere with the pipeline. They say subsection 112(1) simply provides a scheme whereby the Board, rather than a court, deals with such limitations and that subsection 112(1) does not create a new type of damage that did not exist before.

[37] However, the appellants say that the requirement to obtain leave of the Board to excavate using power-operated equipment or explosives in the controlled area might diminish the value of the controlled area and/or, perhaps other adjacent land. Potential purchasers may see the requirement that landowners must obtain leave from the Board as a regulatory risk with which they would rather not have to contend. This regulatory risk might, therefore, diminish the value of the owners' land. The appellants say that this is a matter that landowners should be able to bring to an Arbitration Committee.

[38] The respondents have no answer to this concern. It may be that, prior to subsection 112(1), a potential limitation on excavating close to a pipeline may have been a factor for consideration in the awarding of compensation in respect of the taking of land for, or the construction and operation of a pipeline. Whether that was the case or not, the current legislation places the onus on the landowner to obtain Board approval before excavating using power-operated equipment or explosives.

[39] It may be that the reduction in land value resulting from the controlled area is slight or indeed, non-existent. However, as I have said, that is a matter of appraisal or other evidence to be brought before an Arbitration Committee. I can see no reason, based upon the scheme of Part V, to deny landowners the opportunity to bring such a matter before an Arbitration Committee.

pipeline pouvait, dans un cas qui le justifiait, obtenir contre un propriétaire adjacent une injonction lui interdisant de se livrer à des travaux de creusement en utilisant un équipement motorisé ou des explosifs sur les terres voisines d'un pipeline lorsque telles activités risquaient d'entraver l'exploitation du pipeline. Ils disent que le paragraphe 112(1) prévoit simplement un régime selon lequel c'est l'Office, et non le tribunal, qui donne suite aux restrictions, et selon eux le paragraphe 112(1) n'établit pas un nouveau genre de dommages qui n'existait pas auparavant.

[37] Cependant, les appelants disent que l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'Office pour se livrer à des activités de creusement en utilisant un équipement motorisé ou des explosifs dans la zone contrôlée risque de réduire la valeur de la zone contrôlée et/ou peut-être aussi celle d'autres terrains adjacents. Les éventuels acheteurs pourraient voir dans l'obligation des propriétaires d'obtenir l'autorisation de l'Office un risque administratif qu'ils ne voudront sans doute pas assumer. Ce risque serait par conséquent apte à réduire la valeur des terrains du propriétaire. Les appelants disent que c'est là une question que les propriétaires devraient pouvoir porter devant un comité d'arbitrage.

[38] Les intimés n'ont pas de réponse à donner à cet aspect de la question. Il se peut que, avant le paragraphe 112(1), une limite possible aux travaux de creusement dans le voisinage d'un pipeline ait été un facteur à considérer dans l'attribution d'une indemnité pour la prise de possession d'un terrain en vue d'un pipeline, ou pour la construction ou l'exploitation d'un pipeline. Que ce soit le cas ou non, la loi actuelle impose au propriétaire l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'Office avant de se livrer à des travaux de creusement à l'aide d'un équipement motorisé ou à l'aide d'explosifs.

[39] Il se peut que la réduction de la valeur d'un terrain en raison de la zone contrôlée soit légère, voire nulle. Toutefois, comme je l'ai dit, c'est là une question d'appréciation des faits qui relève du comité d'arbitrage. Je ne vois aucune raison, compte tenu du régime de la partie V, de refuser aux propriétaires la possibilité de soumettre cette question à un comité d'arbitrage.

[40] For these reasons, I am of the opinion that the Minister was in error when he found that compensation for the controlled area did not fit within the statutory scheme and that the learned judicial review Judge should have granted the appellants' application for judicial review.

CONCLUSION

[41] I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division, quash the decision of the Minister in respect of compensation relating to the controlled area, and direct the Minister to refer to an Arbitration Committee or committees the matter of compensation relating to the controlled area.

EVANS J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[40] Pour ces motifs, je suis d'avis que le ministre a commis une erreur lorsqu'il a estimé qu'une indemnité pour la zone contrôlée ne cadrerait pas avec le régime législatif, et je suis d'avis que le juge de la Section de première instance aurait dû faire droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par les appelants.

CONCLUSION

[41] J'accueillerais l'appel, avec dépens, devant la Section d'appel et devant la Section de première instance, j'annulerais la décision du ministre portant sur l'indemnité à raison de la zone contrôlée, et j'ordonnerais au ministre de soumettre à un comité d'arbitrage ou à des comités d'arbitrage la question de l'indemnité se rapportant à la zone contrôlée.

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

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

A-811-00
2003 FCA 98

A-811-00
2003 CAF 98

Charlotte Oliver et al. (Applicants)

v.

The Attorney General of Canada (Respondent)

**INDEXED AS: OLIVER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(C.A.)**

Court of Appeal, Létourneau, Rothstein and Malone
J.J.A.—Edmonton, November 21, 2002; Ottawa,
February 25, 2003.

Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision certain Alberta teachers not entitled to E.I. benefits for July, August under exemption provided by Employment Insurance Regulations, s. 33(2)(a) — Exemption applies if employment contract terminated — All 72 teachers were re-employed for following season — Paid for 12 months although contracts ran September to June — No income lost — Insurance benefits provided during summer — Majority holding application should be dismissed — According to F.C.A. case law, Umpire's findings of fact, could not be held those whose contracts were renewed before probationary contracts expired were unemployed — No real employment gap for those whose contracts were renewed shortly after expiry — Regulations, s. 36(4) inapplicable herein — Case law, s. 33 based on premise teacher not entitled to E.I. benefits during non-teaching period absent veritable break in continuity of employment.

This was an application for the judicial review of a decision by Rouleau J., sitting as an Umpire under the *Employment Insurance Act*, that certain teachers were not entitled to benefits during July and August under the exemption provided by paragraph 33(2)(a) of the *Employment Insurance Regulations*. The exemption from disqualification applies when "the claimant's contract of employment for teaching has terminated". Applicants were teachers having fixed-term probationary contracts terminating on June 30. All of the teachers involved in this litigation—72 in number—were re-employed for the following academic year. The Commission rejected their claims to benefits for failure to fall within the exemption.

Charlotte Oliver et al. (demandeurs)

c.

Le procureur général du Canada (défendeur)

**RÉPERTORIÉ: OLIVER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.)**

Cour d'appel, juges Létourneau, Rothstein et Malone,
J.C.A.—Edmonton, 21 novembre 2002; Ottawa, 25
février 2003.

Assurance-emploi — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a statué que certains enseignants de l'Alberta n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi au titre de l'exception prévue à l'art. 33(2)(a) du Règlement sur l'assurance-emploi — L'exception s'applique si le contrat de travail a pris fin — Les 72 enseignants ont tous été réengagés pour l'année suivante — Ils ont été payés 12 mois même si leurs contrats couvraient les mois de septembre à juin — Ils n'ont eu aucune perte de revenu — Ils ont bénéficié d'avantages sociaux pendant l'été — La majorité statue que la demande devrait être rejetée — Selon les arrêts antérieurs de la C.A.F. et les conclusions de fait du juge-arbitre, on ne pouvait conclure que ceux qui ont renouvelé leur contrat avant l'expiration de leur contrat de stage étaient en chômage — Il n'y a pas eu de véritable interruption d'emploi pour ceux dont les contrats ont été renouvelés peu après leur expiration — L'art. 36(4) du Règlement n'est pas applicable en l'espèce — Selon la jurisprudence, l'art. 33 repose sur le principe selon lequel les enseignants ne sont pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pendant la période de congé, à moins qu'il n'y ait une rupture claire dans la continuité de l'emploi.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge Rouleau, siégeant en tant que juge-arbitre en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*, a statué que certains enseignants ne sont pas admissibles, pendant les mois de juillet et d'août, au bénéfice des prestations au titre de l'exception prévue à l'alinéa 33(2)(a) du *Règlement sur l'assurance-emploi*. Cette exception s'applique lorsque le «contrat de travail dans l'enseignement [prend] fin». Les demandeurs étaient des enseignants qui avaient des contrats de stage probatoire à durée déterminée prenant fin le 30 juin. Les 72 enseignants ayant participé au présent litige ont tous été réengagés pour l'année scolaire suivante. La Commission a rejeté leurs demandes de prestations au motif qu'ils ne sont pas visés par l'exception.

The holding of the Umpire was that all should be denied benefits. Among the Umpire's findings were: the teachers were paid for 12 months although their contracts ran from September to June; they entered into new contracts for the following year prior to, or shortly after, expiry of the contract in question; and they suffered no income loss and were in receipt of medical and other employment benefits during the summer. Upon a review of the case law and a consideration of Parliament's intention in enacting paragraph 33(2)(a), as well as the scheme of the legislation, the Umpire concluded these teachers were not unemployed and that there had been no severance of the relationship of employer and employee. His view was that the question whether a teacher fell within the exemption was not to be answered merely by looking at the purported date of a contract's termination. Rather, all of the circumstances had to be taken into account in light of the legislative scheme's purpose.

Three grounds of review were advanced before this Court. First, it was suggested that the Umpire misdirected himself as to the meaning of the paragraph. Second, it was urged that the Umpire failed to apply the plain meaning of the word "terminate" to the facts herein. The final argument was that the Umpire erred in law and exceeded jurisdiction in relying on an irrelevant fact: that these teachers received employment benefits during the summer.

Held (Malone J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Létourneau J.A.: On the authority of this Court's decision in *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)*, and on the Umpire's findings of fact, it could not be concluded that those whose contracts were renewed before their probationary contracts expired were unemployed. There was continuity of employment. Nor was there any real gap in employment in the case of those whose contracts were renewed shortly thereafter. Not only were they not unemployed, they were paid for July and August. Subsection 36(4) of the Regulations was inapplicable to a case such as that at bar where there is continuity of employment resulting in ineligibility for benefits and no necessity for allocating earnings in calculating benefits. The Umpire followed the case law of this Court as well as the legislative intent behind section 33, both based on the premise that, absent a veritable break in the continuity of a teacher's employment, a teacher is not entitled to benefits for the non-teaching period. It was important that this premise be underlined in view of the large number of pending claims on this issue.

Le juge-arbitre a statué qu'ils devaient tous se voir refuser les prestations. Il a entre autres tiré les conclusions suivantes: les enseignants ont été payés 12 mois même si leurs contrats couvraient la période de septembre à juin; ils ont conclu de nouveaux contrats pour l'année suivante soit avant, soit peu après la fin de leur contrat; ils n'ont subi aucune perte de revenu et ont bénéficié d'un régime de soins de santé et d'autres avantages sociaux pendant l'été. Après avoir examiné la jurisprudence et pris en compte l'intention du Parlement sous-jacente à l'adoption de l'alinéa 33(2)a) ainsi que l'esprit de la législation, le juge-arbitre a conclu que ces enseignants n'ont pas été en chômage et qu'il n'y avait pas eu de rupture de relation entre l'employeur et l'employé. Selon lui, on ne pouvait trancher la question de savoir si un enseignant était visé ou non par l'exception uniquement sur la base d'une date de fin de travail indiquée dans un contrat. Il fallait plutôt prendre en considération toutes les circonstances à la lumière de l'objectif de la législation.

On a invoqué trois motifs de contrôle devant la Cour. Premièrement, on a soutenu que le juge-arbitre s'était mépris en ce qui concerne le sens de l'alinéa. Deuxièmement, on a fait valoir que le juge-arbitre n'avait pas examiné les faits de l'espèce en s'appuyant sur le sens ordinaire de l'expression «prendre fin». Enfin, on a prétendu que le juge-arbitre avait commis une erreur de droit et avait outrepassé sa compétence en se fondant sur des faits non pertinents, à savoir que les enseignants avaient bénéficié d'avantages sociaux pendant l'été.

Arrêt (le juge Malone, J.C.A., dissident): la demande est rejetée.

Le juge Létourneau, J.C.A.: Sur le fondement de l'arrêt *Bishop c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)* de la Cour et des conclusions de fait du juge-arbitre, on ne pouvait pas conclure que ceux qui ont renouvelé leur contrat avant l'expiration de leur contrat de stage probatoire étaient en chômage. Il y a eu continuité d'emploi. Il n'y a pas eu non plus de véritable interruption d'emploi dans le cas de ceux dont les contrats ont été renouvelés peu après leur expiration. Non seulement ils n'ont pas été en chômage, mais encore ils ont été payés en juillet et en août. Le paragraphe 36(4) du Règlement n'est pas applicable s'il y a, comme en l'espèce, continuité d'emploi; celle-ci entraîne l'inadmissibilité aux prestations et rend inutile la répartition de la rémunération à des fins de calcul de prestations. Le juge-arbitre a suivi la jurisprudence de la Cour ainsi que l'intention législative sous-jacente à l'article 33, qui reposent toutes deux sur le principe suivant: sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l'enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé. Il était important de souligner ce principe vu les nombreuses demandes en cours sur cette question.

Per Rothstein J.A.: The case law of this Court has consistently held that, in cases where teachers' contracts terminate at the end of June and they are re-hired for the following school year, they are not entitled to employment insurance for July and August. Such differences in fact as existed herein were not sufficient to justify not following the dominant case law.

Per Malone J.A. (dissenting): The applicants are either probationary, temporary or interim employees of school boards whose contracts terminated on June 30, 1999, in accordance with the Alberta *School Act*. These are fixed-term contracts, not continuing contracts under section 80 of the Act. The Supreme Court of Canada, in *Dick et al. v. Deputy Attorney General of Canada*, recognized that when a teacher's salary is paid in 12 monthly instalments for 10 months of teaching, the payments relate to the work performed in the ten work months and that, depending on their contracts, some will experience an annual interruption of earnings in the summer. On the authority of *Dick*, teachers would qualify for employment insurance benefits in the non-teaching months. It was following *Dick* that what is now subsection 33(2) of the Regulations was promulgated to prevent "double dipping" on the part of teachers not truly facing unemployment after a non-teaching period. The exception was where "the claimant's contract of employment for teaching has terminated". The word "terminated" was not defined in the legislation. A dictionary definition of "terminate" is "end the employment of". On a plain reading of the relevant provisions of the *School Act*, applicants' contracts all come to an end on June 30, 1999. Where a statute establishes a detailed, complex and comprehensive scheme, umpires and courts ought to be cautious in adopting unexpressed notions of policy or principle. If Parliament wished to preclude "double dipping", which the current legislative scheme permits, an amendment could have been made. The Umpire erred in ignoring the clear legal effect of the relevant *School Act* provisions and in adopting the unexpressed notion that Parliament intended "terminate" to apply only if teachers are "in the true sense of the word 'unemployed' . . . which is not synonymous with 'not working'." If provincial legislation assists claimants to access employment insurance benefits, it should not be ignored. None of the previous cases heard by this Court dealt with a teacher's termination triggered by provincial legislation. Subsection 40(5) of the *School Act* did not contain the specific language, considered by this Court in earlier cases, specifying July 1 as the date of commencement of the school year. That subsection should not be held to override the termination provisions specified in the contracts under review. Under subsection 36(4) of the Regulations, all monies paid to applicants had to be allocated to services provided by June 30. Payments could not be attributed to July and August in order to demonstrate a continuing employment relationship. *Dick* remains good law and the majority opinion herein denies the applicants the

Le juge Rothstein, J.C.A.: La Cour a constamment répété dans ses arrêts que, lorsque leurs contrats se terminent à la fin de juin et qu'ils sont réengagés pour l'année scolaire suivante, les enseignants n'ont pas droit à l'assurance-emploi pour les mois de juillet et d'août. Les faits différents de l'espèce ne suffisent pas à justifier la Cour de ne pas suivre la jurisprudence dominante.

Le juge Malone (dissident): Les demandeurs sont soit des employés en stage probatoire soit des employés temporaires ou des employés intérimaires de conseils scolaires dont les contrats ont pris fin le 30 juin 1999 conformément à la *School Act* (la Loi) de l'Alberta. Les contrats visés par la Loi sont des contrats à durée déterminée et non des contrats de travail permanent au sens de l'article 80 de la Loi. Dans l'arrêt *Dick et autres c. Sous-procureur général du Canada*, la Cour suprême du Canada a reconnu que le salaire d'un enseignant versé en 12 paiements mensuels pour les 10 mois d'enseignement se rapporte au travail effectué pendant ces 10 mois et que, selon leurs contrats, certains enseignants connaîtront chaque année une interruption de la rémunération pendant l'été. D'après l'arrêt *Dick*, des enseignants seraient admissibles à recevoir des prestations d'assurance-emploi pendant les mois de congé. C'est à la suite de l'arrêt *Dick* qu'on a édicté la disposition qui est devenue le paragraphe 33(2) du Règlement, pour empêcher le «cumul de salaire et d'assurance» par les enseignants qui ne risquent pas véritablement d'être en chômage après la période de congé. On a prévu une exception pour le cas où le «contrat de travail dans l'enseignement a pris fin». L'expression «a pris fin» n'est pas définie dans la loi. On retrouve dans un dictionnaire la définition suivante pour l'expression «prendre fin»: [TRADUCTION] «mettre un terme à l'emploi de». Suivant le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *School Act*, tous les contrats des demandeurs ont pris fin le 30 juin 1999. Lorsque la loi prévoit un régime détaillé, complexe et exhaustif, les juges-arbitres et les tribunaux doivent faire preuve de circonspection avant d'adopter des notions de politique ou de principe qui ne sont pas exprimées. Si le Parlement avait voulu empêcher le «cumul de salaire et d'assurance» permis par le régime législatif actuel, il aurait pu apporter la modification nécessaire. Le juge-arbitre a commis une erreur en écartant l'effet juridique clair des dispositions pertinentes de la *School Act* et en adoptant la notion non exprimée suivant laquelle l'intention du législateur était que l'expression «a pris fin» ne s'applique que si les enseignants sont «des "chômeurs", selon le véritable sens de ce terme, qui n'équivaut pas pour autant à l'expression "ne pas travailler"». Lorsque la législation provinciale aide les prestataires à avoir accès aux prestations d'assurance-emploi, on ne devrait pas s'abstenir de suivre la loi. Aucune des affaires antérieures entendues par la Cour n'a porté sur la fin d'un contrat d'enseignement expressément prévue par une loi provinciale. Le paragraphe 40(5) de la *School Act* ne contient pas, contrairement aux affaires

benefit of that decision.

The insurance benefits provided to teachers by school boards during the summer were *ex gratia* in nature and did not reflect a continuing relationship.

The applicants were exempt under paragraph 33(2)(a) of the Regulations on the basis that their contracts were terminated by the *School Act* on June 30, 1999.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.
Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, ss. 33 (as am. by SOR/97-31, s. 17), 35 (as am. *idem*, s. 18), 36 (as am. *idem*, s. 19).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.
School Act, R.S.A. 2000, c. S-3, ss. 56(5)(a), 98.
School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 40(5)(a), 79, 80, 82(2)(b)(i), 83(3).
Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 46.1 (as enacted by SOR/83-516, s. 1), 58(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission), [1995] F.C.J. No. 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. St-Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Hamm*, [1997] F.C.J. No. 974 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (F.C.A.); *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Ying v. Canada (Attorney General), [1998] F.C.J. No. 1615 (C.A.) (QL).

REFERRED TO:

Giammettei et al. (In re) (2000), CUB 49704; *Dick et al. v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R.

antérieures examinées par la Cour, le libellé précis selon lequel le début de l'année scolaire est le 1^{er} juillet. On ne doit pas interpréter ce paragraphe comme l'emportant sur les dispositions relatives aux dates de fin des contrats précisées dans les contrats en cause. Selon le paragraphe 36(4) du Règlement, toutes les sommes payées aux demandeurs devaient être versées en échange des services rendus au 30 juin. Les paiements de juillet et d'août ne pouvaient pas être utilisés pour prouver la continuité de la relation d'emploi. L'arrêt *Dick* est toujours valable en droit et les motifs majoritaires dans la présente affaire nient aux demandeurs le bénéfice de cette décision.

Les avantages sociaux offerts par les conseils scolaires aux enseignants pendant l'été étaient à titre gracieux et ne témoignaient pas de la continuité de la relation d'emploi.

Les demandeurs pouvaient se prévaloir de l'exception prévue à l'alinéa 33(2)a) du Règlement parce que leurs contrats ont, en vertu de la *School Act*, pris fin le 30 juin 1999.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.
Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 46.1 (édicte par DORS/83-516, art. 1), 58(3).
Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 33 (mod. par DORS/97-31, art. 17), 35 (mod., *idem*, art. 18), 36 (mod., *idem*, art. 19).
School Act, R.S.A. 2000, ch. S-3, art. 56(5)a), 98.
School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 40(5)a), 79, 80, 82(2)b)(i), 83(3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Gauthier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. St-Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Hamm*, [1997] A.C.F. n° 974 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (C.A.F.); *Bishop c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)* (2002), 292 N.R. 158 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Ying c. Canada (Procureur général), [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Giammettei et al. (In re) (2000), CUB 49704; *Dick et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2

243; (1980), 112 D.L.R. (3d) 651; [1980] 6 W.W.R. 431; 5 Man.R. (2d) 56; 80 CLLC 14,039; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998) 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; [2000] 1 C.T.C. 57; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada (Attorney-General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679; 126 N.R. 345; 91 CLLC 14,034 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. "terminate".
Concise Oxford Dictionary, 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. "terminate".
 Rudner, Karen L. *The 2002 Annotated Employment Insurance Statutes*, Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPLICATION for judicial review of the decision of an Umpire ((2000), CUB 49724) under the *Employment Insurance Act* holding that teachers were not eligible for employment insurance benefits during July and August. Application dismissed.

APPEARANCES:

Garett A. Eisenbraun for applicants.
John C. O'Callaghan and *Margaret McCabe* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Field Atkinson Perraton LLP, Edmonton, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: In this application for judicial review, the applicants seek an order quashing the decision of Rouleau J., sitting as Umpire under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 and an order requiring the Canada Employment Insurance Commission (Commission) to pay them unemployment

R.C.S. 243; (1980), 112 D.L.R. (3d) 651; [1980] 6 W.W.R. 431; 5 Man.R. (2d) 56; 80 CLLC 14,039; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998) 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; [2000] 1 C.T.C. 57; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679; 126 N.R. 345; 91 CLLC 14,034 (C.A.F.).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 7th ed., St. Paul, Minn.: West Group, 1999. «terminate».
Concise Oxford Dictionary, 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. «terminate».
 Rudner, Karen L. *The 2002 Annotated Employment Insurance Statutes*, Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision ((2000), CUB 49724) par laquelle un juge-arbitre, qui a siégé en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*, a statué que des enseignants n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pendant les mois de juillet et d'août. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Garett A. Eisenbraun pour les demandeurs.
John C. O'Callaghan et *Margaret McCabe* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Field Atkinson Perraton s.r.l., Edmonton, 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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Dans la présente demande de contrôle judiciaire, les demandeurs cherchent à obtenir une ordonnance annulant la décision du juge Rouleau, qui a siégé en tant que juge-arbitre en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et une ordonnance enjoignant à la Commission de

benefits. At issue is whether the applicants, as teachers, are entitled to receive regular unemployment benefits during the summer months of July and August 1999.

[2] Mrs. Oliver brings this application on her own behalf and on behalf of 22 other teachers, while in application A-664-01, Mr. Freddy Giammattei raises the same issue on behalf of 50 other teachers.

[3] This case is an important test case. In addition to these 72 cases mentioned, we were informed that there are more than 120 claims pending in Manitoba. We were also told that a settlement of the 2001-2002 claims is awaiting the outcome of the present instance.

[4] The applications arise from identical decisions rendered by the Umpire, dated November 3, 2000, and reported as *Oliver et al. (In re)* (2000), CUB 49724 (A-811-00) and *Giammattei et al. (In re)* (2000), CUB 49704 (A-664-01). The Umpire determined that the applicants were not entitled to benefits under the exemption provided by paragraph 33(2)(a) [as am. by SOR/97-31, s. 17] of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332 (Regulations). That paragraph reads as follows:

33. . . .

(2) A claimant who was employed in teaching for any part of the claimant's qualifying period is not entitled to receive benefits, other than those payable under sections 22 and 23 of the Act, for any week of unemployment that falls in any non-teaching period of the claimant unless

(a) the claimant's contract of employment for teaching has terminated;

(b) the claimant's employment in teaching was on a casual or substitute basis; or

(c) the claimant qualifies to receive benefits in respect of employment in an occupation other than teaching. [Emphasis added.]

[5] The applicants were qualified teachers who had probationary contracts of employment which ran from

l'assurance-emploi du Canada (la Commission) de leur verser des prestations de chômage. La question en litige est de savoir si les demandeurs, en tant qu'enseignants, sont admissibles au bénéfice des prestations régulières de chômage pendant les mois d'été juillet et août 1999.

[2] M^{me} Oliver a présenté la présente demande pour son compte et celui de 22 autres enseignants, alors que la demande de M. Freddy Giammattei, dans le dossier A-664-01, soulève la même question pour le compte de 50 autres enseignants.

[3] La présente affaire est une cause type importante. En plus des 72 cas mentionnés, on nous a informés que plus de 120 demandes sont en cours au Manitoba. On nous a également dit qu'on attendait l'issue de la présente instance pour régler les demandes de 2001-2002.

[4] Les présentes demandes résultent de décisions identiques, datées du 3 novembre 2000, rendues par le juge-arbitre. Ces décisions sont répertoriées sous les références *Oliver et al. (In re)* (2000), CUB 49724 (A-811-00) et *Giammattei et al. (In re)* (2000), CUB 49704 (A-664-01). Le juge-arbitre a statué que les demandeurs ne sont pas admissibles au bénéfice des prestations au titre de l'exception prévue à l'alinéa 33(2)a) [mod. par DORS/97-31, art. 17] du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le Règlement). Cet alinéa est rédigé comme suit:

33. [. . .]

(2) Le prestataire qui exerçait un emploi dans l'enseignement pendant une partie de sa période de référence n'est pas admissible au bénéfice des prestations—sauf celles payables aux termes des articles 22 et 23 de la Loi—pour les semaines de chômage comprises dans toute période de congé de celui-ci, sauf si, selon le cas:

a) son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin;

b) son emploi dans l'enseignement était exercé sur une base occasionnelle ou de suppléance;

c) il remplit les conditions requises pour recevoir des prestations à l'égard d'un emploi dans une profession autre que l'enseignement. [Non souligné dans l'original.]

[5] Les demandeurs étaient des enseignants diplômés qui avaient des contrats de stage probatoire pour la

September 1998 to June 30, 1999. These were fixed-term contracts under Alberta's *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, s. 79 (*School Act*) (now *School Act*, R.S.A. 2000, c. S-3, s. 98).

[6] The applicants were all subsequently re-employed as teachers for the following school year. In most cases, the applicants had entered into new contracts for the following school year prior to the termination of 1998/1999 contracts (June 30, 1999), while others signed new contracts shortly after the termination date.

[7] The applicants applied for unemployment insurance benefits for the period commencing June 30, 1999, the date of expiry of their contracts. The Commission found that the applicants were disentitled to benefits on the ground that they did not fall within the exemption provided for in paragraph 33(2)(a) of the Regulations.

[8] On various dates after June 30, 1999, all of the applicants appealed their denial of benefits to various Boards of Referees (Board). In some of the cases, the appeals were allowed, while in most the appeals were dismissed.

[9] All cases were further appealed to the Umpire. The Commission appealed the successful appeals (the *Oliver* claimants—file A-811-00), and the unsuccessful claimants appealed their dismissed appeals (the *Giammattei* claimants—file A-664-01). It was agreed that the Umpire would hear all of these appeals together.

[10] The issue before the Umpire was whether the applicants fell within the parameters of paragraph 33(2)(a) of the Regulations given that their contracts of employment for teaching had terminated on June 30, 1999. On November 3, 2000, the Umpire rendered his decision that all claimants should be denied benefits for July-August 1999. The applicants seek judicial review of this decision.

période allant de septembre 1998 au 30 juin 1999. Il s'agissait de contrats à durée déterminée selon l'article 79 de la *School Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. S-3.1 (maintenant l'article 98 de la *School Act*, R.S.A. 2000, ch. S-3).

[6] Tous les demandeurs ont été réengagés comme enseignants pour l'année scolaire suivante. La plupart d'entre eux avaient conclu leur nouveau contrat avant la fin de celui qu'ils avaient pour l'année 1998-1999 (le 30 juin 1999), mais ceux qui ne l'avaient pas fait ont signé leur nouveau contrat peu après l'expiration de leur ancien contrat.

[7] Les demandeurs ont présenté des demandes de prestations d'assurance-chômage pour la période commençant le 30 juin 1999, date de la fin de leurs contrats. La Commission a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations au motif qu'ils ne sont pas visés par l'exception prévue à l'alinéa 33(2)a) du Règlement.

[8] Après le 30 juin 1999, tous les demandeurs ont, à différentes dates, interjeté appel devant divers conseils arbitraux des décisions par lesquelles la Commission leur a refusé le droit de recevoir des prestations. Certains appels ont été accueillis, mais la plupart ont été rejetés.

[9] Toutes les décisions des conseils arbitraux ont ensuite été portées en appel devant le juge-arbitre: la Commission a interjeté appel des appels accueillis (ceux des prestataires de l'affaire *Oliver*—dossier A-811-00) et les prestataires qui n'ont pas eu gain de cause (les prestataires de la décision *Giammattei*—dossier A-664-01) ont interjeté appel de leurs appels rejetés. Il a été convenu que le juge-arbitre entendrait tous ces appels dans une même instance.

[10] La question en litige devant le juge-arbitre était de savoir si la situation des demandeurs correspondait à celle décrite à l'alinéa 33(2)a) du Règlement étant donné que leurs contrats de travail dans l'enseignement avaient pris fin le 30 juin 1999. Dans sa décision rendue le 30 novembre 2000, le juge-arbitre a statué que tous les prestataires devaient se voir refuser les prestations pour juillet et août 1999. Les demandeurs cherchent à obtenir le contrôle judiciaire de cette décision.

The grounds of review invoked by the applicants

[11] The applicants in essence raise three grounds of review alleging errors made by the Umpire.

[12] First, they submitted that the Umpire misdirected himself as to the meaning of paragraph 33(2)(a) and, specifically, by misinterpreting the word “terminated” found therein.

[13] Second, they argued that the Umpire failed to apply the plain meaning of the word “terminate” in subsections 79(3), 83(3) and subparagraph 82(2)(b)(i) of the *School Act* to the facts of these applications.

[14] Finally, it is alleged that the Umpire made a further error of law and exceeded his jurisdiction by relying on irrelevant facts, namely that the applicants received employment benefits over the non-teaching period, so as to conclude that the contracts were not terminated. A brief summary of the Umpire’s decision is in order.

The decision of the Umpire

[15] The Umpire made a number of crucial findings which are not disputed:

(a) the claimants were qualified teachers who had probationary contracts of employment;

(b) the claimants were paid for 12 months although their contracts ran from September 1998 to June 30, 1999;

(c) the claimants were paid the same salary as continuous contract employees who are also paid for 12 months although they do not teach in July and August;

(d) the wage difference between probationary contract employees such as those of the claimants and continuous contract employees is that the salary payments for probationary employees for the July and August periods are paid at the end of June;

(e) the claimants entered into new contracts for the following school year prior to the expiry of their

Les motifs de contrôle invoqués par les demandeurs

[11] Les demandeurs soulèvent essentiellement trois motifs de contrôle relatifs à des erreurs du juge-arbitre.

[12] Premièrement, ils soutiennent que le juge-arbitre s’est mépris en ce qui concerne le sens de l’alinéa 33(2)a) et particulièrement en interprétant erronément l’expression «a pris fin» de cet alinéa.

[13] Deuxièmement, ils font valoir que le juge-arbitre n’a pas examiné les faits de l’espèce en s’appuyant sur le sens ordinaire de l’expression «prendre fin» des alinéas 79(3) et 83(3) et du sous-alinéa 82(2)b)(i) de la *School Act*.

[14] Enfin, ils prétendent que le juge-arbitre a commis une autre erreur de droit et a outrepassé sa compétence en se fondant sur des faits non pertinents, à savoir que les demandeurs ont bénéficié d’avantages sociaux pendant la période de congé, pour conclure que les contrats n’avaient pas pris fin. Il convient de résumer brièvement la décision du juge-arbitre.

La décision du juge-arbitre

[15] Le juge-arbitre a tiré un certain nombre de conclusions très importantes qui ne sont pas contestées:

a) les prestataires sont des enseignants diplômés engagés aux termes d’un contrat de stage probatoire;

b) les prestataires ont été payés 12 mois même si leurs contrats couvraient la période de septembre 1998 au 30 juin 1999;

c) les prestataires ont reçu le même salaire que les employés engagés aux termes d’un contrat de travail permanent, qui sont aussi payés 12 mois même s’ils n’enseignent pas en juillet et en août;

d) la seule différence sur le plan de la rémunération entre les employés engagés aux termes d’un contrat de travail permanent et les employés aux termes d’un contrat de stage probatoire, comme les prestataires, est que ces derniers reçoivent à la fin juin le paiement de leur salaire pour la période de juillet et d’août;

e) les prestataires ont conclu de nouveaux contrats pour l’année scolaire suivante soit avant, soit peu après la fin

probationary contract on June 30, 1999 or shortly thereafter;

(f) in any event, at some material point in time, all of them had entered into new contracts of teaching for the following school year; and

(g) the claimants suffered no loss of income and received medical and other employment benefits during the summer non-teaching months.

[16] The learned Umpire reviewed the decisions of this Court in *Ying v. Canada (Attorney General)*, [1998] F.C.J. No. 1615 (C.A.) (QL); *Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1995] F.C.J. 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. St-Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Hann*, [1997] F.C.J. No. 974 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (F.C.A.). He also considered the intention of Parliament in enacting paragraph 33(2)(a) of the Regulations as well as the object and scheme of the legislation. He concluded that the claimants were not unemployed and that there was no severance of the relationship of employer and employee. The gist of his decision is found in the following paragraphs:

The intention of Parliament is to pay employment insurance benefits to those individuals who, through no fault of their own, are truly unemployed and who are seriously engaged in an earnest effort to find work. Teachers are not considered unemployed during the annual non-teaching periods and they are therefore not entitled to benefits, unless they meet one of the following three criteria set out in regulation 33(2):

- a. the claimant's contract of employment for teaching has terminated;
- b. the claimant's employment in teaching was on a casual or substitute basis; or
- c. the claimant qualifies to receive benefits in respect of employment other than teaching.

Parliament's intention, together with the object of the legislation and its scheme, leads me to the conclusion that the exemption provided for in Regulation 33(2)(a) is meant to provide relief to those teachers whose contracts terminate on June 30th and who, as a result, suffer a genuine severance of

de leur contrat de stage probatoire le 30 juin 1999;

f) en tout état de cause, les prestataires ont tous, à un moment ou un autre, conclu un nouveau contrat d'enseignement pour l'année scolaire suivante;

g) les prestataires n'ont subi aucune perte de revenu et ont bénéficié d'un régime de soins de santé et d'autres avantages sociaux pendant la période de congé de l'été.

[16] Le juge-arbitre a examiné les arrêts suivants de la Cour: *Ying c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.) (QL); *Gauthier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. St. Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Hann*, [1997] A.C.F. n° 974 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (C.A.F.). Il a aussi pris en compte l'intention du Parlement sous-jacente à l'adoption de l'alinéa 33(2)a) du Règlement ainsi que l'objet et l'esprit de la loi. Il a conclu que les prestataires n'étaient pas en chômage et qu'il n'y avait pas eu de rupture de relation entre l'employeur et l'employé. L'essentiel de la décision est contenu dans les paragraphes suivants:

L'intention du Parlement est de verser des prestations d'assurance-emploi aux personnes qui, sans que ce soit leur faute, se retrouvent véritablement en chômage et consacrent de sérieux efforts à se trouver de l'emploi. Les enseignants ne sont pas considérés comme des chômeurs pendant les périodes annuelles de congé et, par conséquent, ils n'ont pas droit au bénéfice des prestations, à moins de satisfaire à l'un des trois critères prévus au paragraphe 33(2) du Règlement:

- a) le contrat de travail dans l'enseignement du prestataire a pris fin;
- b) son emploi dans l'enseignement était exercé sur une base occasionnelle ou de suppléance;
- c) il remplit les conditions requises pour recevoir des prestations à l'égard d'un emploi dans une profession autre que l'enseignement.

L'intention du Parlement de même que l'objet et l'esprit de la loi, m'amènent à conclure que l'exception prévue aux termes de l'alinéa 33(2)a) du Règlement visé à venir en aide aux enseignant[an]ts dont la cessation du contrat, qui prend fin le 30 juin, donne lieu à une véritable rupture de la relation entre

the employer and employee relationship. In other words, the exemption provides relief to those teachers who are, in the true sense of the word "unemployed", a term which is not synonymous with "not working".

There is absolutely no evidence here to support a finding that these claimants were unemployed. They all had continuing contracts of teaching for the following school year. They suffered no loss of income. They received medical and other employment benefits during the summer non-teaching months. In short, the wages and benefits paid to them were the same as those paid to any permanent teacher. And like any permanent teacher, they were all returning to work in August. Given these factors, I fail to see how the employment reality of these claimants is at all different from those teachers who have a continuing contract of employment. Like their fellow teachers, the only reason these claimants were not working was because there were no teaching duties to perform during the non-teaching summer months.

The claimants maintain that it would result in an absurdity to find that their teaching contracts had not terminated on June 30th given that this is the stated date of termination in the contracts themselves. I wholeheartedly disagree with this contention. No great weight can be given to the formal contractual descriptions of the nature of the employment relationship given to it by the signatories. How the parties define their relationship in the express terms of the contract may be self-serving or, as here, may be decreed by provincial legislation. The sole reason the date of termination is June 30th is because section 79 of the Alberta *School Act* mandates that it be so. However, that date is not an authentic reflection of the employment reality of these claimants. And it is that reality which must be considered when interpreting the *Employment Insurance Act* and Regulations.

Termination of a contract of employment for teaching in the context of the legislative scheme of the *Employment Insurance Act* and Regulations means a severance of the relationship of employer and employee. It does not mean a change in one's employment status from a probationary teacher to a teacher with a continuous contract. The provisions of the Alberta *School Act* and the contracts made thereunder, cannot be used to circumvent the obvious purpose of the employment insurance legislation, which is to prevent payment of benefits to teachers who are under contract but not actually working. The reality is that teachers do not work during the non-teaching period and when there is evidence that they are under contract, they are not entitled to benefits. [Emphasis added.]

l'employeur et l'employé. Autrement dit, l'exception accordée de l'aide aux enseignants qui sont des «chômeurs», selon le véritable sens de ce terme, qui n'équivaut pas pour autant à l'expression «ne pas travailler».

Il n'existe absolument aucune preuve en l'espèce permettant de conclure que ces prestataires étaient des chômeurs. Ils avaient tous des contrats de travail permanent dans l'enseignement pour la prochaine année scolaire. Ils n'ont subi aucune perte de revenu. De l'assurance-maladie et d'autres prestations d'emploi leur ont été versées au cours des mois de congé estival. Bref, le salaire qu'ils ont reçu et les avantages dont ils ont bénéficié équivalent à ceux des enseignants permanents. Et tout comme les enseignants permanents, ils recommençaient tous à travailler en août. Compte tenu de ces facteurs, je ne vois pas comment les réalités d'emploi de ces prestataires diffèrent un tant soit peu de celles des enseignants qui ont un contrat de travail permanent. Tout comme leurs collègues, la seule raison pour laquelle ces prestataires ne travaillaient pas est parce qu'il n'y avait aucune tâche d'enseignement à exécuter pendant les mois d'été.

Les prestataires maintiennent qu'il serait absurde de conclure que leur contrat d'enseignement n'a pas pris fin le 30 juin puisqu'il s'agit de la date de cessation stipulée dans le contrat. Je m'oppose totalement à cette prétention. Nous ne pouvons accorder une grande importance aux descriptions contractuelles formelles de la nature de la relation de travail qu'ont données les signataires. La façon dont les parties définissent leur relation selon les termes expr[ès] du contrat peut être de nature intéressée ou, somme en l'espèce, imposée par une loi provinciale. La seule raison pour laquelle les contrats prennent fin le 30 juin est que l'article 79 de la *School Act* de l'Alberta stipule qu'il en soit ainsi. Toutefois, cette date ne traduit pas véritablement les réalités de l'emploi que vivent ces prestataires, des réalités qui doivent être prises en considération lorsque nous interprétons la *Loi sur l'assurance-emploi* et son règlement d'application.

La cessation d'un contrat de travail dans l'enseignement dans le contexte de l'esprit de la *Loi sur l'assurance-emploi* et son règlement d'application implique une rupture de la relation entre l'employeur et l'employé, sans vouloir dire pour autant qu'il y a eu un changement du statut professionnel et que les stagiaires deviennent des enseignants ayant des contrats de travail permanents. Les dispositions de la *School Act* de l'Alberta et les contrats passés en vertu de cette loi ne peuvent servir à contourner le but manifeste de la législation sur l'assurance-emploi, à savoir éviter de verser des prestations à des enseignants qui sont sous contrat mais qui, en fait, ne travaillent pas. La réalité veut que les enseignants ne travaillent pas pendant la période de congé et lorsqu'il existe une preuve qu'ils sont sous contrat, ils n'ont pas droit au bénéfice des prestations. [Non souligné dans l'original.]

[17] All of the decisions of this Court, except *Ying*, have denied benefits to teachers in application of paragraph 33(2)(a) of the Regulations. The Umpire distinguished *Ying*. He was of the view that a determination of whether a teacher fell or not within the scope of the exemption was not a determination which could be based solely on a purported date of termination stated in a contract. All the circumstances in a particular case had to be examined in light of the purpose and intention of the legislative scheme.

Analysis of the decision

[18] With respect, I believe the Umpire understood well the governing principle endorsed by this Court in all the cases he cited and properly applied it to the facts of this case.

[19] All the decisions of this Court, including *Ying*, sought to determine whether there was a continuity of employment for the claimants. No such continuity was found in *Ying* as “there was a period between June 30 and August 26, 1996 when the claimant could not have been said to have a contract of employment in operation”: see *Ying, supra*, at paragraph 1.

[20] The legal situation is different in the case at bar. Contracts of employment were renewed prior to the expiry of the claimants’ probationary contracts or very shortly thereafter. It cannot be said as in *Ying* that the claimants had no contract of employment in operation. The legal status of the claimants was analogous to those of the teachers in *Partridge, supra*, and in *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158 (F.C.A.).

[21] In *Partridge*, at paragraph 5 of the decision, our colleague Décary J.A. found continuity in the fact that Mrs. Partridge, whose contract terminated on June 30, 1993, accepted a new teaching contract on July 12, 1993 which, for all practical purposes, was retroactive to July 1st as the “school year” commenced on July 1, 1993. The Court also found that Mrs. Partridge was paid for the entire year and that there was no loss of income for

[17] Dans tous les arrêts de la Cour, à l’exception de l’arrêt *Ying*, les enseignants se sont vus refuser les prestations réclamées au titre de l’alinéa 33(2)a) du Règlement. Le juge-arbitre a établi une distinction d’avec l’arrêt *Ying*. Selon lui, on ne peut trancher la question de savoir si un enseignant était visé ou non par l’exception uniquement sur la base d’une date de fin de travail indiquée dans un contrat. Toutes les circonstances de l’espèce doivent être prises en considération à la lumière de l’objectif et de l’intention de la loi.

Analyse de la décision

[18] Avec déférence, j’estime que le juge-arbitre a bien compris le principe directeur des arrêts de la Cour cités dans sa décision et qu’il l’a correctement appliqué aux faits de l’espèce.

[19] Dans tous les arrêts, y compris l’arrêt *Ying*, la Cour a cherché à voir s’il y avait une continuité d’emploi pour les prestataires. Il n’existait pas une telle continuité dans l’affaire *Ying* étant donné qu’«il y avait une période allant du 30 juin 1996 au 26 août 1996 dont on n’aurait pu dire qu’elle était une période où la demanderesse avait un contrat de travail en vigueur» (arrêt *Ying*, précité, au paragraphe 1).

[20] La situation juridique est différente en l’espèce. Les contrats de travail ont été renouvelés avant ou peu après la fin des contrats de stage probatoire des prestataires. On ne peut pas dire, comme dans l’arrêt *Ying*, que les prestataires n’avaient pas de contrat de travail en vigueur. Le statut juridique des prestataires était semblable à celui des enseignants dans l’arrêt *Partridge*, précité, et dans l’arrêt *Bishop c. Canada (Commission de l’assurance-emploi)* (2002), 292 N.R. 158 (C.A.F.).

[21] Au paragraphe 5 de l’arrêt *Partridge*, notre collègue le juge Décary a estimé qu’il y avait continuité d’emploi dans le cas de M^{me} Partridge. Celle-ci, dont le contrat a pris fin le 30 juin 1993, avait accepté le 12 juillet 1993 un nouveau contrat d’enseignement qui, en pratique, était rétroactif au 1^{er} juillet, l’«année scolaire» ayant commencé le 1^{er} juillet 1993. La Cour a également conclu que M^{me} Partridge avait été payée pour

the period at issue.

[22] In *Bishop*, the applicant received on June 11, 1999, prior to the expiry of his contract, a letter stating that he was being rehired for the 1999-2000 school year which, in Newfoundland, commenced on July 1st in a calendar year and expired on June 30 in the following calendar year. Our colleague Desjardins J.A., for a unanimous Court, concluded that there was no interval of time between the claimant's successive contracts because "Bishop had already been hired for the second school year before the first school year had been completed": see paragraph 9 of the decision. In *Bishop* as well as in *Partridge*, this Court was of the view that payment of benefits in those circumstances would amount to double compensation during the period for which they were claimed.

[23] On the authority of the *Bishop* case and the findings of fact the Umpire made, I believe he was right to conclude that all those who had their contracts renewed before their probationary contracts expired were not unemployed. There was continuity of employment. As for those whose contracts were renewed shortly thereafter, the Umpire properly applied the reasoning in *Partridge*: there was no real gap in employment because the claimants, who were completing a school year, were hired for a new school year which obviously overlaps with or immediately follows the previous one. Under paragraph 40(5)(a) of the *Alberta School Act* (now paragraph 56(5)(a)), a school Board must, before May 31 in each year, "give notice to the Minister of the opening and closing dates of all schools under its jurisdiction for the 12-month period next following" (emphasis added). In these circumstances, not only were these claimants not unemployed, but they were also paid for the July and August months as the Umpire found. This ought to be contrasted with the situation of Mrs. Ying in the *Ying* case where she was unemployed for a period of time with no pay in respect of that period.

[24] Counsel for the applicants referred us to subsection 36(4) of the *Employment Insurance Regulations*, which reads:

l'ensemble de l'année et qu'elle n'avait subi aucune perte de revenu pendant la période en question.

[22] Dans l'arrêt *Bishop*, le demandeur a reçu le 11 juin 1999, soit avant la fin de son contrat, une lettre l'informant qu'il était réengagé pour l'année scolaire 1999-2000, année qui, à Terre-Neuve, commence le 1^{er} juillet et finit le 30 juin de l'année civile suivante. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, notre collègue la juge Desjardins a conclu qu'il n'y avait pas eu d'intervalle entre les deux contrats successifs du prestataire parce que «Bishop avait été déjà réembauché avant la fin de la première année scolaire» (au paragraphe 9 de l'arrêt). Dans l'arrêt *Bishop* comme dans l'arrêt *Partridge*, la Cour était d'avis que le paiement de prestations équivaldrait, dans les circonstances, à une double rémunération pour la période visée par la demande de prestations.

[23] Me fondant sur l'arrêt *Bishop* et les conclusions de fait du juge-arbitre, j'estime que celui-ci a eu raison de conclure que tous ceux qui ont renouvelé leur contrat avant l'expiration de leur contrat de stage probatoire n'ont pas été en chômage. Il y a eu continuité d'emploi. Quant à ceux dont les contrats ont été renouvelés peu après la fin de leur contrat, le juge-arbitre a correctement appliqué le raisonnement de l'arrêt *Partridge*: il n'y a pas eu une véritable interruption d'emploi parce que les prestataires, qui terminaient une année scolaire, ont été réengagés pour une nouvelle année scolaire qui, de toute évidence, chevauche ou suit immédiatement l'année antérieure. Selon l'alinéa 40(5)a) de la *School Act* de l'Alberta (maintenant l'alinéa 56(5)a)), un conseil scolaire doit, avant le 31 mai de chaque année, [TRADUCTION] «aviser le ministre des dates de la rentrée et de la fin de l'année scolaire de toutes les écoles relevant de son ressort pour la période de 12 mois suivante» (non souligné dans l'original). Dans ces circonstances, non seulement ces prestataires n'ont pas été en chômage mais encore ils ont été payés pour les mois de juillet et d'août comme l'a conclu le juge-arbitre. Cela doit être mis en contraste avec la situation de M^{me} Ying (arrêt *Ying*), qui a été pendant un certain temps en chômage, sans rémunération.

[24] L'avocat des demandeurs nous a renvoyés au paragraphe 36(4) du *Règlement sur l'assurance-emploi*:

36. . . .

(4) Earnings that are payable to a claimant under a contract of employment for the performance of services shall be allocated to the period in which the services were performed.

[25] With respect, I do not think subsection 36(4) is of any assistance in deciding the issue before us. Section 36 deals with the allocation of earnings for benefit purposes. The allocation rules, of which subsection 36(4) is a part, exist for the purpose of determining if an interruption of earnings has occurred, calculating the amount to be deducted from the benefits payable and determining the amount of repayment owed by a claimant: see K. L. Rudner, *The 2002 Annotated Employment Insurance Statutes*, Scarborough: Carswell, 2001, at page 688 and the jurisprudence of this Court cited therein. Indeed, subsection 36(4) has no application in a situation like ours where there is continuity of employment, ineligibility for benefits as a result and, therefore, no need to allocate earnings for the purpose of calculating benefits.

[26] Sections 35 and 36 of the Regulations are general rules determining what constitutes earnings and how these earnings should be allocated. Section 33 is a specific provision applicable to teachers. It was intended to and does regulate the particular conditions of teachers under the employment insurance scheme which, as the Umpire pointed out, grants benefits to workers who are unemployed, not to workers who are employed and paid, although not providing services.

[27] The Umpire has been duly mindful of both the line of jurisprudence in this Court and the legislative intent behind section 33. Both are based on the clear premise that, unless there is a veritable break in the continuity of a teacher's employment, the teacher will not be entitled to benefits for the non-teaching period. It is important that this fundamental premise be strongly underlined here because of the numerous claims that are pending on this issue and which deserve clarity from this Court on this matter.

Conclusion

[28] In conclusion, I see no error in the Umpire's decision which would warrant or justify our intervention.

36. [. . .]

(4) La rémunération payable au prestataire aux termes d'un contrat de travail en échange des services rendus est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis.

[25] Avec égards, je ne pense pas que le paragraphe 36(4) soit d'une quelconque utilité pour la question en litige. Ce paragraphe a trait à la répartition de la rémunération aux fins du bénéfice des prestations. Les règles de répartition, dont le paragraphe 36(4), servent à déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et, le cas échéant, à fixer le montant des prestations payables et le montant que doit rembourser le prestataire: voir K. L. Rudner, *The 2002 Annotated Employment Insurance Statutes*, Scarborough: Carswell, 2001, à la page 688, et les décisions de la Cour qui y sont citées. En fait, le paragraphe 36(4) n'est pas applicable s'il y a, comme en l'espèce, continuité d'emploi et donc inadmissibilité aux prestations puisqu'il n'y a, dans ces circonstances, aucun besoin de répartir la rémunération à des fins de calcul de prestations.

[26] Les articles 35 et 36 du Règlement sont des règles générales servant à déterminer ce qui constitue une rémunération et comment celle-ci doit être répartie. L'article 33 du Règlement est une disposition particulière applicable aux enseignants. Il a pour objectif et effet de régir les conditions particulières des enseignants sous le régime d'assurance-emploi qui, comme le juge-arbitre l'a souligné, vise à accorder des prestations aux travailleurs qui sont en chômage et non aux travailleurs qui sont employés et payés, même lorsque ces derniers ne fournissent pas leurs services.

[27] Le juge-arbitre a correctement pris en compte tant la jurisprudence de la Cour que l'intention législative sous-jacente à l'article 33 du Règlement. Les deux reposent sur un principe clair: sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l'enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé. Il importe de souligner avec force ce principe fondamental parce que de nombreuses demandes portant sur cette question sont en cours. La Cour se doit d'être claire sur ce point.

Conclusion

[28] En conclusion, je ne relève dans la décision du juge-arbitre aucune erreur qui soit susceptible de justifier

I would dismiss the application for judicial review with costs. I would insert a copy of these reasons in file A-664-01 in support of the judgment rendered therein.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[29] ROTHSTEIN J.A. (concurring): I am in agreement with Létourneau J.A. as to the disposition of this application. The availability of employment insurance benefits for teachers poses a difficulty because the teaching year covers 10 months, while teachers are usually paid in instalments over 12 months. Sometimes, as in this case, the instalments for July and August are paid out at the end of June.

[30] The jurisprudence of this Court has consistently held that, in cases where teachers' contracts terminate at the end of June and they are rehired for the following school year, they are not entitled to employment insurance for the months of July and August. See *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (F.C.A.); *Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1995] F.C.J. No. 1350 (C.A.) (QL); and *Canada (Attorney General) v. Hann*, [1997] F.C.J. No. 974 (C.A.) (QL). The only exception is *Ying v. Canada (Attorney General)*, [1998] F.C.J. No. 1615 (C.A.) (QL).

[31] In the present case, the applicants are paid exactly the same amount as equivalent permanent teachers. Yet they also claim to be entitled to employment insurance benefits for the months of July and August. They were all rehired before or shortly after the end of June for the subsequent school year. The dominant jurisprudence of this Court would deny their claims to employment insurance benefits.

[32] The applicants do not say the dominant prior jurisprudence was wrongly decided. They claim the facts

notre intervention. Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens et je joindrais une copie des présents motifs à l'appui du jugement rendu dans le dossier A-664-01.

* * *

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

[29] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. (motifs concourants): Je suis d'accord avec la façon dont le juge Létourneau tranche la présente demande. La possibilité pour les enseignants de recevoir des prestations d'assurance-emploi soulève des difficultés parce que l'année scolaire couvre 10 mois, alors que les enseignants sont généralement payés par versements échelonnés sur une période de 12 mois. Parfois, comme en l'espèce, les versements de juillet et d'août sont payés à la fin du mois de juin.

[30] La Cour a constamment répété dans ses arrêts que, lorsque leurs contrats se terminent à la fin de juin et qu'ils sont réengagés pour l'année scolaire suivante, les enseignants n'ont pas droit à l'assurance-emploi pour les mois de juillet et d'août. Voir *Bishop c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)* (2002), 292 N.R. 158 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (C.A.F.); *Gauthier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL); et *Canada (Procureur général) c. Hann*, [1997] A.C.F. n° 974 (C.A.) (QL). La seule exception est l'arrêt *Ying c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.) (QL).

[31] En l'espèce, les demandeurs reçoivent exactement le même salaire que leurs collègues enseignants permanents. Ils prétendent pourtant qu'ils sont admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pour les mois de juillet et d'août. Ils ont tous été réengagés avant ou peu après la fin juin pour l'année scolaire suivante. Selon la jurisprudence dominante de la Cour, leurs demandes de prestations d'assurance-emploi devraient être refusées.

[32] Les demandeurs ne disent pas que la jurisprudence dominante est erronée. Ils prétendent que

in this case are different. I am not satisfied that such differences in facts as there are, justify not following the dominant prior jurisprudence of this Court.

[33] I would dispose of the application as proposed by Létourneau J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[34] MALONE J.A. (dissenting): I respectfully dissent from the reasons of my colleagues Létourneau J.A. and Rothstein J.A. My reasons follow.

[35] This application for judicial review, A-811-00, addresses whether certain teachers in Alberta are entitled to employment insurance benefits for the non-teaching summer months. Specifically, it concerns the applicability of paragraph 33(2)(a) of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, (the Regulations) to Charlotte Oliver and other Alberta teachers whose contracts of employment were not continued by their employers beyond the end of the June 1999 school year. Paragraph 33(2)(a) reads as follows:

33. . . .

(2) A claimant who was employed in teaching for any part of the claimant's qualifying period is not entitled to receive benefits, other than those payable under sections 22 and 23 of the Act, for any week of unemployment that falls in any non-teaching period of the claimant unless

(a) the claimant's contract of employment for teaching has terminated; [Emphasis added.]

[36] The applicants are either probationary, temporary or interim employees of school boards whose contracts terminated on June 30, 1999, in accordance with subsections 79(3), subparagraph 82(2)(b)(i), and subsection 83(3), respectively, of the *Alberta School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, as amended (the *School Act*). These are fixed-term contracts, rather than continuing contracts

les faits de l'espèce sont différents. Je ne suis pas convaincu que ces différences soient suffisantes pour que la Cour soit justifiée de ne pas suivre pas la jurisprudence dominante qu'elle a établie.

[33] Je statuerais sur la demande de la façon proposée par le juge d'appel Létourneau.

* * *

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

[34] LE JUGE MALONE, J.C.A. (motifs dissidents): En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec les motifs de mes collègues le juge Létourneau et le juge Rothstein. Mes motifs sont les suivants.

[35] La demande de contrôle judiciaire dans le dossier A-811-00 porte sur la question de savoir si certains enseignants de l'Alberta sont admissibles aux prestations d'assurance-emploi pendant les mois de congé de l'été. Plus précisément, il s'agit de décider si l'alinéa 33(2)a) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le Règlement), est applicable à Charlotte Oliver et aux autres enseignants de l'Alberta dont les contrats de travail n'ont pas été prolongés par leurs employeurs après l'année scolaire se terminant à la fin juin 1999. L'alinéa 33(2)a) est rédigé comme suit:

33. [. . .]

(2) Le prestataire qui exerçait un emploi dans l'enseignement pendant une partie de sa période de référence n'est pas admissible au bénéfice des prestations—sauf celles payables aux termes des articles 22 et 23 de la Loi—pour les semaines de chômage comprises dans toute période de congé de celui-ci, sauf si, selon le cas:

a) son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin; [Non souligné dans l'original.]

[36] Les demandeurs sont soit des employés en stage probatoire soit des employés temporaires ou des employés intérimaires de conseils scolaires dont les contrats ont pris fin le 30 juin 1999 conformément, respectivement, au paragraphe 79(3), au sous-alinéa 82(2)b)(i) et au paragraphe 83(3) de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, modifiée, de l'Alberta. Les contrats

under section 80 of the *School Act*. All were rehired under new contracts for the following school year; in most cases prior to their June 30, 1999, termination. These new contracts expressly commenced on dates after the summer months, usually August 31, 1999. Their salary was paid in monthly installments; the payments for July and August being included with the June installment.

[37] In *Dick et al. v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243 (*Dick*), the Supreme Court of Canada acknowledged that when a teacher's salary is paid in 12 monthly instalments for 10 months of teaching, the payments relate to the work performed in the 10 work months and not to the vacation months of July and August. This decision recognized that, depending on their contracts, some teachers will experience an annual interruption of their earnings in the non-teaching period of the school year. Therefore, because of *Dick*, school teachers would qualify for employment insurance benefits in the non-teaching summer months.

[38] Following *Dick*, section 46.1 [*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576 (as enacted by SOR/83-516, s. 1)], now subsection 33(2) of the Regulations, was promulgated to prevent "double dipping" by teachers who were not truly facing the prospect of unemployment after their non-teaching period. The only exception, relevant to these applications, is found at paragraph 33(2)(a), which provides that a teacher will be entitled to benefits during a non-teaching period if "the claimant's contract of employment for teaching has terminated." The word "terminated" is not defined in either the Act or the Regulations.

[39] In *Black's Law Dictionary*, 7th ed., the word "terminate" means "to put an end to; to conclude." In the *Concise Oxford Dictionary*, 10th ed., "terminate" is defined as "bring to an end; end the employment of." In the present case, the applicants' terms of employment are all governed by the following unambiguous termination provisions in the *School Act*:

visés par ces dispositions sont des contrats à durée déterminée et non des contrats de travail permanent au sens de l'article 80 de la *School Act*. Tous les demandeurs ont été réengagés aux termes de nouveaux contrats pour l'année scolaire suivante. Dans la plupart des cas, cela s'est fait avant le 30 juin 1999, date de la fin des contrats. Les nouveaux contrats prévoient clairement leur entrée en vigueur après les mois d'été, soit généralement le 31 août 1999. Les demandeurs ont touché un salaire mensuel, le salaire pour juillet et août ayant été inclus dans le versement de juin.

[37] Dans l'arrêt *Dick et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243 (l'arrêt *Dick*), la Cour suprême du Canada a reconnu que le salaire d'un enseignant versé en douze paiements mensuels pour les dix mois d'enseignement se rapporte au travail effectué pendant ces dix mois et non aux mois de vacances de juillet et d'août. Cet arrêt a reconnu que, selon leurs contrats, certains enseignants connaîtront chaque année une interruption de la rémunération pendant la période de congé de l'année scolaire. D'après cet arrêt, certains enseignants seraient donc admissibles à recevoir des prestations d'assurance-emploi pendant les mois de congé de l'été.

[38] À la suite de l'arrêt *Dick*, l'article 46.1 [*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576 (édicte par DORS/83-516 art. 1)], maintenant le paragraphe 33(2) du Règlement, a été édicte pour empêcher le «cumul de salaire et d'assurance» par les enseignants qui ne risquent pas véritablement d'être en chômage après la période de congé. La seule exception présentant un intérêt en l'espèce est prévue à l'alinéa 33(2)a): un enseignant aura droit aux prestations pendant la période de congé si «son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin». L'expression «a pris fin» n'est définie ni dans la Loi ni dans le Règlement.

[39] Selon le *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., l'expression [TRADUCTION] «prendre fin» veut dire [TRADUCTION] «mettre un terme (à), conclure». Le *Concise Oxford Dictionary*, 10^e éd., définit cette même expression comme suit: [TRADUCTION] «mettre fin; mettre un terme à l'emploi (de)». En l'espèce, la durée des emplois des demandeurs est régie par les dispositions

79. . . .

(3) A probationary contract of employment shall terminate on the June 30 next following the commencement date specified in the contract.

. . .

82. . . .

(2) A temporary contract of employment entered into under subsection (1) shall

(a) specify the date on which the teacher commences employment with the board, and

(b) terminate

(i) on the June 30 next following the commencement date specified in the contract, or

(ii) on a date provided for in the contract,

whichever is earlier.

. . .

83. . . .

(3) An interim contract of employment terminates on the June 30 next following the commencement date specified in the contract unless otherwise specified in the contract. [Emphasis added.]

On a plain reading of these provisions, the applicants' contracts all came to an end on June 30, 1999. The question then becomes, how these sections of the *School Act* affect the applicants' entitlement to employment insurance benefits under paragraph 33(2)(a) of the Regulations.

[40] In his search for the true intention of Parliament in using the word "terminated" in paragraph 33(2)(a), the *Umpire* applied the well-established principle of interpretation that the words of a statute are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27). While this

non équivoques de la *School Act* portant sur la date d'expiration des contrats:

[TRANSLATION]

79. [. . .]

(3) Un contrat de stage prend fin le 30 juin suivant la date d'entrée en service de l'employé prévue au contrat.

[. . .]

82. [. . .]

(2) Un contrat temporaire conclu conformément au paragraphe (1)

a) précise la date à laquelle l'enseignant commence à travailler pour le conseil et

b) prend fin

(i) le 30 juin suivant la date d'entrée en service de l'employé prévue au contrat ou

(ii) le jour prévu au contrat,

la date qui arrive en premier devant être retenue.

[. . .]

83. [. . .]

(3) Un contrat d'emploi intérimaire prend fin le 30 juin suivant la date d'entrée en service prévue au contrat, à moins de stipulation contraire au contrat. [Non souligné dans l'original.]

Suivant le sens ordinaire de ces dispositions, les contrats des demandeurs ont tous pris fin le 30 juin 1999. Par conséquent, la question qui se pose est de savoir de quelle manière ces articles de la *School Act* ont une incidence sur le droit des demandeurs de recevoir des prestations d'assurance-emploi en vertu de l'alinéa 33(2)a) du Règlement.

[40] En cherchant l'intention véritable du législateur qui a utilisé l'expression «a pris fin» à l'alinéa 33(2)a), le juge-arbitre a appliqué le principe bien établi en matière d'interprétation selon lequel il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27). Bien que

principle is important, such analysis cannot alter the result where the words of a statute are clear and plain. (See *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804 (*65302 British Columbia Ltd.*.) Like the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], employment insurance legislation is detailed, complex and comprehensive, and accordingly, umpires and this Court must be cautious in adopting unexpressed notions of policy or principle under the modern rules of statutory interpretation (*65302 British Columbia Ltd.*, at paragraph 51).

[41] In my opinion, the learned Umpire committed an error of law in ignoring the clear legal effect of the above-quoted sections of the *School Act* and in adopting the unexpressed notion that Parliament intended the word “terminate” to only apply to situations where teachers are “in the true sense of the word ‘unemployed’, . . . which is not synonymous with ‘not working’ (Umpire’s reasons for judgment). Past decisions of this Court have readily applied provincial legislation so as to deny employment insurance benefits to claimants (see *Canada (Attorney-General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.); *Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1995] F.C.J. No. 1350 (C.A.) (QL) (*Gauthier*); *Canada (Attorney General) v. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (F.C.A.) (*Partridge*); *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158 (F.C.A.) (*Bishop*)). In turn, where, as here, the provincial legislation assists claimants in accessing such benefits, the applicability of that legislation should not be ignored.

[42] It is noteworthy that none of the cases considered thus far by this Court in connection with paragraph 33(2)(a) have dealt with a teacher’s termination expressly triggered by provincial legislation. I do not read subsection 40(5) of the *School Act*, which deals generally with opening and closing dates, vacation dates, and hours of instruction for Alberta schools, as overriding the express termination provisions and commencement dates in the new contracts now under

ce principe soit important, une telle analyse ne saurait modifier le résultat lorsque les termes d’une loi sont clairs et nets. (Voir *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804 (*65302 British Columbia Ltd.*.) À l’instar de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], la législation relative à l’assurance-emploi est détaillée, complexe et exhaustive. Par conséquent, les juges-arbitres et la Cour doivent faire preuve de circonspection avant d’adopter, sous le couvert de règles d’interprétation législative modernes, des notions de politique ou de principe qui ne sont pas exprimées (*65302 British Columbia Ltd.*, au paragraphe 51).

[41] À mon sens, le juge-arbitre a commis une erreur de droit en écartant l’effet juridique clair des dispositions précitées de la *School Act* et en adoptant la notion non exprimée suivant laquelle l’intention du législateur était que l’expression «a pris fin» ne s’applique qu’aux cas où les enseignants sont «des “chômeurs”, selon le véritable sens de ce terme, qui n’équivaut pas pour autant à l’expression “ne pas travailler”» (motifs du jugement du juge-arbitre). Dans ses arrêts antérieurs, la Cour a appliqué sans difficulté la législation provinciale pour refuser de reconnaître à des prestataires le droit de recevoir des prestations d’assurance-emploi (voir *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (C.A.F.); *Gauthier c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL) (*Gauthier*); *Canada (Procureur général) c. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (C.A.F.) (*Partridge*); *Bishop c. Canada (Commission de l’assurance-emploi)* (2002), 292 N.R. 158 (C.A.F.) (*Bishop*)). Par contre, lorsque, comme en l’espèce, la législation provinciale aide les prestataires à avoir accès à de telles prestations, on ne devrait pas s’abstenir d’appliquer la loi.

[42] Il convient de faire remarquer qu’aucun des arrêts examinés jusqu’ici par la Cour relativement à l’alinéa 33(2)a) n’a traité de la fin d’un contrat d’enseignement expressément prévue par une loi provinciale. Je n’interprète pas le paragraphe 40(5) de la *School Act*, qui traite de façon générale des dates de rentrée et de fin d’année scolaire, des dates de vacances et des heures d’enseignement dans les écoles de l’Alberta, comme l’important sur les dispositions expresses relatives aux

review. The language of this Alberta subsection falls short of the specific language in the provincial legislation applicable in *Gauthier*, *Partridge*, and *Bishop*, which all articulate the specific commencement of the school year as July 1.

[43] Apparently, the Umpire was not referred to subsection 36(4) of the Regulations, which reads as follows:

36. . . .

(4) Earnings that are payable to a claimant under a contract of employment for the performance of services shall be allocated to the period in which the services were performed.

[44] Based on subsection 36(4), all monies paid to the applicants could only be allocated to services performed up to June 30, 1999. Such payment cannot be used to demonstrate a continuing employment relationship by applying the amount received in June to the months of July and August. It must be remembered that the Supreme Court of Canada in *Dick*, *supra*, relied on former subsection 58(3) (now subsection 36(4)) in reaching its conclusion that when a teacher's salary is paid in 12 monthly instalments for 10 months of teaching, the payments relate only to work performed in the 10 months, and not to the vacation months of July and August. In my analysis, *Dick*, remains good law, and the majority reasons herein deny the applicants the benefit of this long standing decision.

[45] Over the non-teaching summer months the applicants received employment benefits, which included health care insurance, dental insurance, group life insurance, and long-term disability insurance paid for by the various school boards. A close review of the evidence reveals that benefit payments by school boards on behalf of the applicants in the non-teaching period were *ex gratia* in nature and were also not reflective of a continuing relationship. The provision of benefits for the summer months was not a term or condition of any of the contracts, and was in fact provided for any teacher who had fulfilled a contract in the prior year regardless

dates de début et de fin des nouveaux contrats en cause dans la présente demande. Le libellé de ce paragraphe de la *School Act* de l'Alberta est loin du libellé précis des dispositions législatives provinciales applicables dans les arrêts *Gauthier*, *Partridge* et *Bishop* qui prévoient toutes clairement que le début de l'année scolaire est le 1^{er} juillet.

[43] Il appert que le juge-arbitre ne s'est pas reporté au paragraphe 36(4) du Règlement, rédigé comme suit:

36. [. . .]

(4) La rémunération payable au prestataire aux termes d'un contrat de travail en échange des services rendus est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis.

[44] Suivant le paragraphe 36(4), toutes les sommes payées aux demandeurs ne pouvaient être versées qu'en échange des services rendus au 30 juin 1999. De tels paiements ne peuvent être utilisés pour prouver la continuité de la relation d'emploi en répartissant le montant reçu en juin sur les mois de juillet et d'août. Il ne faut pas oublier que, dans l'arrêt *Dick*, précité, la Cour suprême s'est appuyée sur l'ancien paragraphe 58(3), maintenant le paragraphe 36(4), pour conclure que le salaire d'un enseignant versé en douze paiements mensuels pour les dix mois d'enseignement ne se rapporte qu'au travail effectué pendant ces dix mois et non aux mois de vacances de juillet et d'août. Dans mon analyse, l'arrêt *Dick* est toujours valable en droit et les motifs majoritaires dans la présente affaire nient aux demandeurs le bénéfice de cette décision appliquée de longue date.

[45] Les demandeurs ont bénéficié pendant les mois de congé de l'été d'avantages sociaux, notamment d'assurance médicale, d'assurance dentaire, d'assurance-vie collective et d'assurance-invalidité de longue durée, payés par les différents conseils scolaires. L'examen attentif de la preuve révèle que, de par sa nature, le paiement d'avantages sociaux par les conseils scolaires pour le compte des demandeurs pendant la période de congé était fait à titre gracieux et ne témoignait pas de la continuité de la relation d'emploi. Le fait d'offrir des avantages sociaux pour les mois d'été n'était stipulé nulle part dans les contrats et était en fait offert à tout

of any future employment arrangement.

[46] The result flowing from my analysis is indeed anomalous. Temporary teachers working the equivalent of full-time teachers and who are rehired for a subsequent teaching term receive employment insurance benefits, while full-time teachers do not. It is difficult to believe that this was Parliament's intent. Nonetheless, this Court must apply the Act and Regulations as it finds them, and avoid the temptation to apply an interpretation that circumvents the obvious meaning of the word "terminate" in paragraph 33(2)(a). If Parliament or the Governor in Council had wished to preclude the "double dipping" which the current legislative scheme permits, an amendment could easily have been made.

[47] In summary, in my analysis, all of the applicants are exempt under paragraph 33(2)(a) of the Regulations on the basis that their contracts were terminated by the *School Act* on June 30, 1999. I would allow both applications for judicial review, set aside the decisions of the Umpire dated November 30, 2000, and remit the matters to the Chief Umpire or his designate for determination in accordance with these reasons.

[48] A copy of these dissenting reasons will also be placed in file A-664-01.

enseignant qui avait été sous contrat l'année précédente, indépendamment de tout contrat de travail futur.

[46] La conséquence de mon analyse est effectivement anormale. Les enseignants temporaires qui font un travail équivalent à celui des professeurs à temps plein et sont réengagés pour l'année scolaire suivante peuvent recevoir des prestations d'assurance-emploi, alors que les professeurs à temps plein ne le peuvent pas. Il est difficile de concevoir que telle était l'intention du législateur. La Cour a néanmoins le devoir d'appliquer la Loi et le Règlement tels qu'ils sont et de résister à la tentation d'adopter une interprétation qui contourne le sens évident de l'expression «a pris fin» de l'alinéa 33(2)a). Si le Parlement ou le gouverneur en conseil avaient voulu empêcher le «cumul de salaire et d'assurance» permis par le régime législatif actuel, il aurait facilement pu apporter la modification nécessaire.

[47] En résumé, tous les demandeurs peuvent, selon mon analyse, se prévaloir de l'exception prévue à l'alinéa 33(2)a) du Règlement parce que leurs contrats ont, en vertu de la *School Act*, pris fin le 30 juin 1999. J'accueillerais les deux demandes de contrôle judiciaire, j'annulerais les décisions du juge-arbitre datées du 30 novembre 2000 et je renverrais les affaires au juge-arbitre en chef ou à la personne désignée par lui pour qu'il soit statué sur l'affaire conformément aux présents motifs.

[48] Une copie des présents motifs dissidents sera également jointe au dossier A-664-01.

A-573-01
A-574-01
2003 FCA 121

A-573-01
A-574-01
2003 CAF 121

Barton No-Till Disk Inc. and Flexi-Coil Ltd.
(*Appellants*)

Barton No-Till Disk Inc. et Flexi-Coil Ltd.
(*appellantes*)

v.

c.

Dutch Industries Ltd. and The Commissioner of Patents (*Respondents*)

Dutch Industries Ltd. et Le Commissaire aux brevets (*intimés*)

and

et

Intellectual Property Institute of Canada/Institut de la Propriété Intellectuelle du Canada (IPIC)
(*Intervener*)

Institut de la Propriété Intellectuelle du Canada/Intellectual Property Institute of Canada (IPIC)
(*intervenant*)

INDEXED AS: DUTCH INDUSTRIES LTD. v. CANADA
(*COMMISSIONER OF PATENTS*) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: DUTCH INDUSTRIES LTD. c. CANADA
(*COMMISSAIRE AUX BREVETS*) (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Sharlow and Malone J.J.A.—
Ottawa, December 4, 2002 and March 7, 2003.

Cour d'appel, juges Rothstein, Sharlow et Malone,
J.C.A.—Ottawa, 4 décembre 2002 et 7 mars 2003.

Patents — Practice — “Maintenance fees” payable to keep applications, patents in good standing — “Small entity” pays reduced fees — Commissioner’s practice of accepting “top-up” payments where “large entity” mistakenly paying reduced fee held unlawful by F.C.T.D. decision herein — Practical importance of decision: no patentee, applicant dare pay reduced fee for fear of losing rights if mistaken as to status — Appeal allowed in part — Commissioner lacking authority to extend payment deadlines — By inference, cannot accept “top-up” after payment due date — F.C.T.D. Judge mistaken in assumption status may change from time to time — If “small entity” when patent application made, status maintained while patent in effect — Purpose of fee payment requirement — Reason for reduced fees for “small entities” — Questions asked in determining whether “small entity” mistakenly applying as “small entity” having catastrophic consequences — Commissioner failing to guard against mistakes as to classification — Principle of statutory interpretation: interpretation resulting in lack of fit between conduct, consequences rejected as absurd — Statute to be interpreted to minimize risk of catastrophic consequences — One patent at issue met “small entity” definition, other did not — Fatal error as “top-up” payment impossible — That application deemed abandoned.

Brevets — Pratique — «Taxes périodiques» payables afin de maintenir une demande ou un brevet en état — Les «petites entités» paient une taxe moins élevée que les «grandes entités» — La Section de première instance de la Cour fédérale a statué que la pratique du Commissaire qui consiste à accepter des «paiements complémentaires» lorsque des «grandes entités» ont, par erreur, payé une taxe réduite est illégale — Importance de cette décision en pratique: aucun demandeur ou titulaire de brevet n’osera payer de taxes en fonction du barème des «petites entités» par crainte de perdre ses droits s’il y a erreur sur son statut — Appel accueilli en partie — Le Commissaire n’a pas le pouvoir de proroger les délais de paiement — Il s’ensuit par déduction qu’il ne peut pas accepter des paiements complémentaires après la date de paiement — Le juge de première instance a fait erreur en supposant que le statut peut changer à l’occasion — Le statut de «petite entité» existant lors de la présentation de la demande de brevet est conservé tant que le brevet demeure en vigueur — Objet de l’obligation de payer la taxe — Motif justifiant une taxe réduite pour les «petites entités» — Questions à se poser lorsqu’on détermine si le fait qu’une «grande entité» a présenté une demande en tant que «petite entité» a des conséquences catastrophiques — Le Commissaire ne se protège pas contre des erreurs relatives à la classification — Selon un principe d’interprétation législative, l’interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde — La Loi doit être interprétée de manière à minimiser les risques

Construction of Statutes — Patent Act and Rules — Requirement for payment of “maintenance fees” to keep patents, applications therefor in good standing — “Small entity” pays reduced fees — Commissioner of Patents without power to extend payment deadlines — Mistaken payment of reduced fee having catastrophic result: loss of patent rights — Whether status as “small entity” can change — Determination as to whether “small entity” involves answering complex list of questions — Reference to rule of statutory construction in work by Sullivan and Driedger: interpretation resulting in lack of fit between conduct, consequences rejected as absurd — “Misallocation and disproportion” one category of absurdity — Interpretation should minimize risk of catastrophic consequences of innocent mistake — Favours interpretation status determined once and for all when patent applied for.

The *Patent Act* and *Patent Rules* require that patent applicants and patentees pay “maintenance fees” at specified times to maintain the application or patent in good standing. A “small entity” pays a reduced fee. The Rules fail to indicate the consequences of a “large entity” paying the reduced fee but, prior to the Trial Division decision appealed from herein, the Commissioner’s practice had been to permit deficiencies to be rectified by “top-up” payments. Such payments were accepted even after the fee payment deadline and that for corrective measures as authorized by the Rules. The Trial Division Judge set aside the Commissioner’s decision to accept “top-up” payments herein, there being no statutory authority for such practice. In the result, the statutory conditions for issuance of the ‘388 patent were not met while the ‘904 application was deemed abandoned and may not be reinstated. The Trial Division decision is of importance to patent practice since no patent applicant or holder will dare pay the reduced fee lest all patent rights be lost if it turns out not to be entitled to the “small entity” rate. The patent and patent application at issue relate to an inclined furrow seeding method and apparatus said to be the invention of a Hugh Barton. In submitting these patent applications, Barton claimed to fall within the statutory definition of “small entity”.

de conséquences catastrophiques — L’un des brevets satisfait à la définition de «petite entité», l’autre non — Une erreur fatale a été commise puisqu’aucun paiement complémentaire n’est possible — Cette demande est réputée avoir été abandonnée.

Interprétation des lois — Loi et Règles sur les brevets — Obligation de payer des «taxes périodiques» afin de maintenir une demande ou un brevet en état — Les «petites entités» paient une taxe moins élevée que les «grandes entités» — Le Commissaire aux brevets n’a pas le pouvoir de proroger les délais des paiements — Le paiement, par erreur, de la taxe au taux applicable aux «petites entités» a un effet catastrophique: la perte des droits rattachés au brevet — Le statut de «petite entité» peut-il changer? — La définition de «petite entité» oblige à répondre à une liste complexe de questions — Renvoi à la règle d’interprétation législative énoncée dans un ouvrage de Sullivan et Driedger: l’interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde — L’«erreur de qualification et [la] disproportion» forme une catégorie d’absurdité — L’interprétation devrait minimiser les risques de conséquences catastrophiques — L’interprétation selon laquelle le statut est déterminé une seule fois, au moment de la demande de brevet est privilégiée.

La *Loi sur les brevets* et les *Règles sur les brevets* obligent les demandeurs de brevet et les titulaires de brevet à payer dans un délai déterminé des «taxes périodiques» afin de maintenir leur demande ou leur brevet en état. Une «petite entité» paie une taxe moins élevée qu’une «grande entité». Les Règles sont muettes sur ce qui arrive lorsqu’une «grande entité» paie la taxe exigible d’une «petite entité», mais, avant le prononcé de la décision faisant l’objet de l’appel, le Commissaire avait l’habitude de permettre de combler ce genre de déficit en acceptant des «paiements complémentaires». Ces paiements étaient acceptés même après l’expiration du délai de paiement de la taxe et de la date limite prévue pour prendre toute mesure corrective permise par les Règles. Le juge de première instance a annulé la décision du Commissaire d’accepter les paiements complémentaires effectués en l’espèce, au motif que la loi ne lui accorde pas le pouvoir de les accepter. En conséquence, les conditions prévues par la loi pour la délivrance du brevet 388 n’ont jamais été remplies, alors que la demande relative au brevet ‘904 a été réputée abandonnée et ne pouvait plus être rétablie. La décision de la Section de première instance est importante en ce qui concerne la pratique en matière de brevets puisqu’aucun demandeur ou titulaire de brevet n’osera payer de taxes au taux réduit de peur de perdre tous les droits rattachés au brevet s’il n’a pas droit au tarif applicable aux «petites entités». Le brevet et la demande en cause concernent tous les deux une méthode et un appareil d’ensemencement à sillons inclinés qui auraient été inventés par un dénommé Hugh Barton. Lorsqu’il a présenté ces demandes de brevet, ce dernier soutenait qu’il répondait à la définition de «petite entité».

Maintenance fees were paid at the lower rate. Barton No-Till Disk Inc. and Flexi-Coil Ltd., appellants, are, respectively, the owner and exclusive licensee of the rights in Barton's invention. They brought action against Dutch Industries Ltd. for infringement of the '388 patent and Dutch countered by asserting that maintenance fees ought to have been paid on the "large entity" scale and that the '388 patent had lapsed for non-payment of fees. Dutch advised the Commissioner of its position that there was no authority for accepting a "top-up" payment. Counsel for Barton wrote the Commissioner conceding that, as of November 25, 1994 (the day after appellants acquired their rights), the "small entity" definition was not met and enclosing "top-up" payments. These were accepted and the patent records amended to make it appear that the fees, on the "large entity" scale, had been paid on the due date. Dutch was, however, successful upon an application for the judicial review of what the Commissioner had done. The appeal to this Court by Barton No-Till and Flexi-Coil had the support of an intervener, Intellectual Property Institute of Canada.

Held, the appeal should be allowed in part.

As found by the Trial Division Judge, under the statute and rules, the Commissioner is precluded from extending payment deadlines. From that it can be inferred that the Commissioner lacks authority to allow a deficient maintenance fee to be topped up after the due date. That was not, however, an end of the matter as this Court could not accept the unstated premise that underlies the Trial Division judgment: that the status of a person as a "small entity" may change from time to time. Under the statutory provisions, one who meets the definition of "small entity" upon application for a patent maintains that status while the application is pending and so long as the patent remains in effect. There is no statutory requirement for a status redetermination.

The fees payable under the Act and Rules are intended to defray a portion or all of the costs of the Patent Office. A reduced fee scale applies in the case of "small entities" to provide some relief to inventors presumed to be of limited means. The requirement for annual maintenance fees was imposed to discourage the proliferation of deadwood patents and patent applications.

The definition of "small entity" asks several questions, some factual and others that are of mixed fact and law. These questions include: (1) Is applicant a university? (2) Has

Les taxes périodiques ont été payées au tarif le plus bas. Barton No-Till Disk Inc. et Flexi-Coil Ltd., les appelantes, sont respectivement propriétaire et brevetée exclusive des droits relatifs à l'invention de M. Barton. Elles poursuivaient Dutch Industries Ltd. pour contrefaçon du brevet '388. Dutch faisait valoir que les taxes périodiques auraient dû être payées au tarif des «grandes entités» et que le brevet '388 avait été frappé de déchéance pour non-paiement de taxes. Dutch a aussi fait savoir au Commissaire que, selon elle, il n'avait pas le pouvoir d'accepter un paiement complémentaire. L'avocat de Barton a écrit au Commissaire qu'il reconnaissait que M. Barton ne satisfaisait pas à la définition de «petite entité» à compter du 25 novembre 1994 (soit le lendemain du jour où les appelantes ont acquis leurs droits). Des paiements complémentaires étaient joints à sa lettre. Ces paiements ont été acceptés et les registres des brevets ont été modifiés pour donner l'impression que les taxes périodiques avaient été payées à la date d'échéance initiale en fonction du barème applicable aux «grandes entités». Dutch a présenté une demande de contrôle judiciaire relativement à ce que le Commissaire avait fait, et cette demande a été accueillie. L'appel interjeté par Barton No-Till et Flexi-Coil devant la Cour était appuyé par l'intervenant, Institut de la Propriété Intellectuelle du Canada.

Arrêt: l'appel doit être accueilli en partie.

Comme le juge de première instance l'a conclu, la Loi et les Règles empêchent le Commissaire de proroger le délai de paiement des taxes périodiques. Il s'ensuit que le Commissaire n'a pas le pouvoir de permettre qu'un déficit soit comblé après l'expiration de ce délai. Cela ne mettait cependant pas fin à l'instance puisque la Cour ne pouvait pas accepter la prémisse tacite sous-jacente au jugement de première instance, à savoir que le statut de «petite entité» d'une personne peut changer à l'occasion. Suivant les dispositions législatives pertinentes, la personne qui répond à la définition de «petite entité» lorsqu'elle présente une demande de brevet conserve ce statut tant et aussi longtemps que sa demande est en instance, et tant que le brevet demeure en vigueur. La loi n'exige pas que le statut soit révisé.

Les taxes exigibles en vertu de la Loi et des Règles servent à défrayer le Bureau des brevets de la totalité ou d'une partie de ses coûts. Les taxes sont calculées en fonction d'un barème moins élevé dans le cas des «petites entités» pour accorder un certain allègement aux inventeurs, qui sont présumés ne disposer que de moyens limités. Le régime de paiement de taxes périodiques annuelles a été instauré dans le but de décourager la prolifération de brevets et de demandes de brevets inutiles.

La définition de «petite entité» oblige à répondre à plusieurs questions. Certaines de ces questions sont factuelles, d'autres sont des questions mixtes de fait et de droit. Parmi ces

applicant 50 or fewer employees? (3) Has any right in the invention been transferred or licensed? And, if so, to whom? Questions (1) and (2) would have to be considered for any such party. (4) Is applicant under any legal obligation to transfer or license any right? (5) If such other party be a university or an employer of 50 or less, has applicant knowledge of any subsequent transfer or license of any right in the invention? The definition in effect when the '388 patent application was submitted was even more complex, involving a number of other considerations. Even if a patent applicant is diligent, there is a risk that he could get it wrong. If a "large entity" incorrectly concludes it is a "small entity", the consequence is catastrophic. It was noteworthy that the Commissioner apparently disclaims any obligation to guard against or discover such errors. Omitted from the "small entity" definition is a stipulation of the date at which the facts are to be determined. Respondent, Dutch, is the only party to this litigation submitting that the question of entity status is to be determined at different points in time. Yet each and every statutory provision relied upon by Dutch would fit into a scheme requiring only a single status determination. *Patent Rules*, subsection 4(6), relied on by Dutch, did not address the critical question, which is nowhere answered in the legislation. That provision works regardless of the answer to the critical question. The further argument put forward by Dutch, that a once-and-for-all status determination would be unjust in the case of a "large entity" which suffers a reversal of fortune, was worthy of little weight given that maintenance fees, even at the higher scale, are modest. In interpreting this legislation, reference should be made to the following statement, found in the work *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*: "Interpretations that result in a lack of fit between conduct and consequences may be rejected as absurd". Professor Sullivan, in that publication, recognizes a number of categories of absurdity, one of which is "misallocation and disproportion". Applying that to the case at bar, the statutory interpretation problem was to be solved in a manner that will minimize the risk of catastrophic consequences from an innocent error. The disproportionate consequence of such an error overwhelmingly favours the proposition that a patent applicant's status be determined once only, at the outset. There is still the risk of an error resulting in the loss of patent rights, but at least the risk exists but once rather than being multiplied by the number of times a fee is payable. If, indeed, the Commissioner lacks authority to verify an applicant's characterization of its status, that is a further reason to accord the definition of "small entity" an interpretation that will minimize the risks to patent applicants and patentees.

questions, il y a notamment les suivantes: 1) Le demandeur est-il une université? 2) Le demandeur compte-t-il au maximum 50 employés? 3) Des droits sur l'invention ont-ils été transférés ou une licence a-t-elle été octroyée à l'égard de ces droits? Dans l'affirmative, à qui? Il faut ensuite répondre aux questions 1) et 2) en ce qui concerne cette personne. 4) Le demandeur est-il tenu par une obligation légale de transférer ses droits ou d'accorder une licence à l'égard de ces droits? 5) Si l'autre partie est une université ou une entité dotée d'au plus 50 employés, le demandeur est-il au courant du transfert futur d'un droit sur l'invention ou de l'octroi futur d'une licence à l'égard de ce droit? La définition qui s'appliquait lorsque la demande relative au brevet '388 a été présentée était encore plus complexe et soulevait d'autres questions. Même si elle exerce de la diligence, une personne qui demande un brevet risque de se tromper. Si une «grande entité» conclut à tort qu'elle est une «petite entité», les conséquences sont catastrophiques. Il convenait de noter que le Commissaire affirme apparemment qu'il n'est pas obligé de se protéger contre de telles erreurs ou de les découvrir. La définition de «petite entité» ne précise pas à quelle date les faits doivent être établis. Dutch est la seule partie qui prétend que le statut de l'entité doit être déterminé à divers moments. Chacune des dispositions invoquées par Dutch cadrerait bien cependant dans un système qui exige une seule décision quant au statut. Le paragraphe 4(6) des Règles, qui était invoqué par Dutch, n'abordait pas la question cruciale, à laquelle la loi ne répond nulle part. Cette disposition s'applique, peu importe la réponse que l'on donne à la question cruciale. La Cour a accordé peu de poids à l'autre argument soulevé par Dutch, selon lequel une décision qui ne serait prise qu'une seule fois au sujet du statut serait injuste pour les «grandes entités» qui subissent un revirement de situation, étant donné que, même dans le cas des grandes entités, les taxes périodiques sont relativement modestes. Lorsqu'on interprète la Loi, il faut rappeler les propos suivants formulés dans l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*: [TRADUCTION] «L'interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde.» Le professeur Sullivan répertorie dans cet ouvrage diverses catégories d'absurdité, notamment sous la rubrique «Erreur de qualification et disproportion». En l'espèce, le problème d'interprétation de la loi devait être résolu de manière à minimiser les risques de conséquences catastrophiques pouvant découler d'une erreur commise de bonne foi. Les conséquences disproportionnées d'une pareille erreur favorisent massivement la proposition que le statut de la personne qui demande un brevet devrait être déterminé une seule fois, au début. Il est toujours possible qu'une erreur entraînant la perte des droits rattachés au brevet soit commise, mais au moins ce risque ne se présentera qu'une seule fois et il ne sera pas multiplié par le nombre de fois où une taxe est payable. S'il est vrai que le Commissaire n'a pas le pouvoir de faire enquête sur le statut

On the facts, Barton met the “small entity” definition when he submitted his application for the ‘388 patent. There was no basis for concluding that patent to have expired for underpayment of maintenance fees. It was otherwise in the case of the ‘904 application. Fees for that were payable at the higher scale, Barton not meeting the “small entity” definition on the date that application was submitted. That was a fatal error, a “top-up” payment being impossible. That application was deemed abandoned in 1997.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2), “applicant”, “patentee”, “prescribed” (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 1), 12(1) (as am. *idem*, s. 3), (e) (as am. *idem*), (f) (as am. *idem*), (g) (as am. *idem*), 27(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), (2) (as am. *idem*), 27.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 9), 28(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 33), (2) (as am. *idem*), 46(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), (2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 43), 73(1) (as am. *idem*, s. 52), (c) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), (c) (as am. *idem*).

Patent Rules, C.R.C., c. 1250, ss. 76.1 (as enacted by SOR/89-452, s. 11), 139.

Patent Rules, SOR/96-423, ss. 2 “application”, “period of grace”, “small entity”, 4(1),(6), 26(1), 152, 153(1),(2),(3), 154(1), 155(1),(3), 157, Sch. II, items 30, 31 (as am. by SOR/99-291, ss. 19, 20).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

APPLIED:

Estabrooks Pontiac Buick Ltd. Re (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21 (C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

invoqué par un demandeur, c’est là une autre raison d’interpréter la définition de «petite entité» de manière à minimiser les risques pour les demandeurs de brevet et les titulaires de brevet.

Dans les faits, M. Barton satisfaisait à la définition de «petite entité» au moment où il a présenté sa demande en vue d’obtenir le brevet ‘388. Rien ne permettait de conclure que le brevet avait été frappé de déchéance pour paiement insuffisant des taxes périodiques. On ne pouvait pas en dire autant de la demande ‘904. Les taxes périodiques payables au titre de cette demande devaient être payées selon le tarif élevé parce que M. Barton ne répondait pas à la définition de «petite entité» lorsque cette demande a été présentée. Il s’agissait d’une erreur fatale, aucun paiement complémentaire n’étant possible. Cette demande a été réputée avoir été abandonnée en 1997.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2), demandeur, breveté ou titulaire de brevet, réglementaire (mod. par L.R.C. (1985), (3^e suppl.) ch. 33, art. 1), 12(1) (mod., *idem*, art. 3), e) (mod., *idem*), f) (mod., *idem*), g) (mod., *idem*), 27(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), (2) (mod., *idem*), 27.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9), 28(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), (2) (mod., *idem*), 46(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), (2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 43), 73(1) (mod., *idem*, art. 52), c) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), a) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), c) (mod., *idem*).

Règles sur les brevets, C.R.C., ch. 1250, art. 76.1 (édicte par DORS/89-452, art. 11), 139.

Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 2, «demande», «délai de grâce», «petite entité», 4(1),(6), 26(1), 152, 153(1),(2),(3), 154(1), 155(1),(3), 157, ann. II, art. 30, 31 (mod. par DORS/99-291, art. 19, 20).

JURISPRUDENCE

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés: [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Estabrooks Pontiac Buick Ltd. Re (1982), 44 R.N.-B. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21 (C.A.).

DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto, Butterworths, 2002.

APPEAL from a Federal Court Trial Division decision ([2002] 1 F.C. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260), quashing a decision by the Commissioner of Patents to accept “top-up” payments in relation to “maintenance fees”, a requirement of the *Patent Act* and *Patent Rules* to keep an application or patent in good standing. Appeal allowed in part.

APPEL d’une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale ([2002] 1 C.F. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260), annulant la décision du Commissaire aux brevets d’accepter des paiements complémentaires aux fins des «taxes périodiques», lesquelles sont exigées par la *Loi sur les brevets* et les *Règles sur les brevets* pour garder une demande ou un brevet en état. Appel accueilli en partie.

APPEARANCES:

Douglas Wilson, Marcus T. Gallie and Mitchell B. Charness for appellants.
Robert A. Kallio and Cory J. Furman for respondent, Dutch Industries Ltd.
 No one appearing for respondent, The Commissioner of Patents.
Roger T. Hughes, Q.C. for intervener.

ONT COMPARU:

Douglas Wilson, Marcus T. Gallie et Mitchell B. Charness pour les appelantes.
Robert A. Kallio et Cory J. Furman pour l’intimée Dutch Industries Ltd.
 Personne n’a comparu pour l’intimé le Commissaire aux brevets.
Roger T. Hughes, c.r. pour l’intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Ridout & Maybee LLP, Ottawa, for appellants.
Furman & Kallio, Saskatoon, Saskatchewan, for respondent, Dutch Industries Ltd.
Deputy Attorney General of Canada for respondent, The Commissioner of Patents.
Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ridout & Maybee s.r.l., Ottawa, pour les appelantes.
Furman & Kallio, Saskatoon (Saskatchewan), pour l’intimée Dutch Industries Ltd.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé le Commissaire aux brevets.
Sim, Hughes, Ashton & McKay s.r.l., Toronto, pour l’intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] SHARLOW J.A.: Under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, and the *Patent Rules*, SOR/96-423, a patent applicant or patentee must pay prescribed amounts, called “maintenance fees” at specified times in order to keep the application or patent in good standing. Maintenance fees are less for a “small entity” (a term defined in the *Patent Rules*) than a “large entity”. The term “large entity”, which is not defined in the *Patent Act* or the *Patent Rules*, is used to refer to an entity that does not meet the definition of “small entity”.

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: La *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et les *Règles sur les brevets*, DORS/96-423, obligent le demandeur de brevet et le titulaire de brevet à payer dans un délai déterminé des taxes réglementaires, appelées «taxes périodiques» afin de maintenir leur demande en état. Les taxes périodiques visent moins les «petites entités» (expression qui est définie dans les *Règles sur les brevets*) que les «grandes entités». L’expression «grande entité», qui n’est définie ni dans la *Loi sur les brevets* ni dans les *Règles sur les brevets*, est employée pour désigner les entités qui ne répondent pas à la définition de «petite entité».

[2] According to subsection 4(6) of the *Patent Rules*, no refund may be paid to a "small entity" that pays a fee applicable to a "large entity". However, the *Patent Rules* say nothing about what happens when a "large entity" pays a fee applicable to a "small entity". Prior to the decision that is the subject of this appeal (now reported as *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325 (T.D.), it was the practice of the Commissioner of Patents to permit such deficiencies to be cured by "top-up" payments. It apparently did not matter when such top-up payments were made. Top-up payments were received even after the deadline for the payment of the fee and the deadline for any corrective measures permitted by the *Patent Rules*.

[3] The decision under appeal quashed the Commissioners' decision to accept the top-up payments in this case because there is no statutory authority to accept them. The facts are stated more fully below, but in summary, the immediate consequence of the decision is that the statutory conditions for the issuance of Canadian Patent No. 2121388 (the '388 patent) were never met, and Canadian Patent Application No. 2146904 (the '904 application) was deemed abandoned on April 12, 1997 and cannot now be reinstated.

[4] In the context of the administration of the Patent Office, the likely consequence of the decision under appeal is that no patent applicant or patent holder will dare to pay any fee on the "small entity" scale, because any error in the determination of small entity status could lead to the loss of all rights under the patent application and any resulting patent, unless the error is discovered and corrected within the statutory time limits for late fee payments. The Commissioner apparently disclaims any obligation to guard against or discover such errors.

[2] Aux termes du paragraphe 4(6) des *Règles sur les brevets*, aucun remboursement ne peut être accordé à une «petite entité» qui a versé la taxe payable par une «grande entité». Les *Règles sur les brevets* sont cependant muettes sur ce qui arrive lorsqu'une «grande entité» paie la taxe exigible d'une «petite entité». Avant le prononcé de la décision qui fait l'objet du présent appel (et qui est maintenant publiée sous l'intitulé *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.), le Commissaire aux brevets avait l'habitude de permettre de combler ce genre de déficit en acceptant des «paiements complémentaires». Le moment où ces paiements complémentaires étaient effectués n'avait vraisemblablement pas d'importance. Les paiements complémentaires étaient acceptés même après l'expiration du délai de paiement de la taxe et de la date-limite prévue pour prendre toute mesure corrective permise par les *Règles sur les brevets*.

[3] Dans la décision frappée d'appel, la Cour a annulé la décision du Commissaire d'accepter les paiements complémentaires effectués en l'espèce au motif que la loi ne lui accorde pas le pouvoir de les accepter. Les faits sont exposés plus en détail plus loin, mais, en résumé, la conséquence immédiate de cette décision est que les conditions prévues par la loi pour la délivrance du brevet canadien n° 2121388 (le brevet '388) n'ont jamais été remplies, et que la demande de brevet canadien n° 214904 (la demande relative au brevet '904) a été réputée abandonnée le 12 avril 1997 et qu'elle ne pouvait plus être rétablie.

[4] Dans le contexte de l'administration du Bureau des brevets, les conséquences probables de la décision frappée d'appel sont qu'aucun demandeur ou titulaire de brevet n'osera payer de taxes en fonction du barème des «petites entités» parce que toute erreur sur la qualification de «petite entité» risquera de lui faire perdre tous les droits que pourrait lui conférer la demande de brevet et tout brevet pouvant en résulter, à moins que l'erreur ne soit découverte et rectifiée dans le délai prescrit par la loi pour le paiement tardif de la taxe. Or, il appert que le Commissaire affirme qu'il n'est pas obligé de se protéger contre de telles erreurs ou de les découvrir.

Statutory provisions

[5] The statutory regime for the payment of fees is surprisingly complex, especially considering the relatively modest sums involved for a single patent. The complexity is enhanced in this case because some of the facts relate to pre-1996 provisions. The relevant provisions of the current version of the *Patent Act* are as follows [sections 2 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1993, c. 2, s. 2), 12(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 3), 27(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), (2) (as am. *idem*), 27.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 9), 28(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 33), (2) (as am. *idem*), 46(1) (as am. by R.S.C., 1985, (3rd Supp.), c. 33, s. 16), (2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 43), 73(1) (as am. *idem*, s. 52), (3) (as am. *idem*):

2. In this Act, except as otherwise provided,

“applicant” includes an inventor and the legal representatives of an applicant or inventor;

...

“patentee” means the person for the time being entitled to the benefit of a patent;

“prescribed” means prescribed by rules or regulations of the Governor in Council and, in the case of a fee, includes a fee determined in the manner prescribed;

...

12. (1) The Governor in Council may make rules or regulations.

...

(e) prescribing the fees or the manner of determining the fees that may be charged in respect of the filing of applications for patents

(f) prescribing the fees or the manner of determining the fees that shall be paid to maintain in effect an application for a patent or to maintain the rights accorded by a patent;

Dispositions législatives

[5] Les dispositions législatives régissant le paiement des taxes sont étonnamment complexes, surtout si l'on tient compte des sommes relativement modestes qui sont en cause pour un seul brevet. La situation est rendue encore plus complexe dans le cas qui nous occupe à cause du fait que certains faits remontent à une période antérieure aux dispositions qui sont entrées en vigueur en 1996. Voici les dispositions pertinentes de la version actuelle de la *Loi sur les brevets* [articles 2 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1993, ch. 2, art. 2), 12(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 3), 27(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), (2) (mod., *idem*), 27.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9), 28(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), (2) (mod., *idem*), 46(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33 art. 16), (2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 43), 73(1) (mod., *idem*, art. 52), (3) (mod., *idem*):

2. Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«breveté» ou «titulaire d'un brevet» Le titulaire ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet.

[. . .]

«demandeur» Sont assimilés à un demandeur un inventeur et les représentants légaux d'un demandeur ou d'un inventeur.

«réglementaire» Prescrit par règle ou règlement du gouverneur en conseil; dans le cas où le terme qualifie une taxe, s'entend en outre d'une taxe dont le montant est déterminé selon les modalités réglementaires.

[. . .]

12. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règle ou règlement:

[. . .]

e) prescrire les taxes qui peuvent être levées pour le dépôt des demandes de brevet [. . .]

f) prescrire les taxes à payer pour le maintien en état des demandes de brevet ainsi que des droits conférés par les brevets ou les modalités de leur détermination;

(g) respecting the payment of any prescribed fees including the time when and the manner in which such fees shall be paid, the additional fees that may be charged for the late payment of such fees and the circumstances in which any fees previously paid may be refunded in whole or in part;

...

27. (1) The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor's legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

(2) The prescribed application fee must be paid and the application must be filed in accordance with the regulations by the inventor or the inventor's legal representative and the application must contain a petition and a specification of the invention.

...

27.1 (1) An applicant for a patent shall, to maintain the application in effect, pay to the Commissioner such fees, in respect of such periods, as may be prescribed.

28. (1) The filing date of an application for a patent in Canada is the date on which the Commissioner receives the documents, information and fees prescribed for the purposes of this section or, if they are received on different dates, the last date.

(2) The Commissioner may, for the purposes of this section, deem prescribed fees to have been received on a date earlier than the date of their receipt if the Commissioner considers it just to do so.

...

46. (1) A patentee of a patent issued by the Patent Office under this Act after the coming into force of this section shall, to maintain the rights accorded by the patent, pay to the Commissioner such fees, in respect of such periods, as may be prescribed.

(2) Where the fees payable under subsection (1) are not paid within the time provided by the regulations, the term limited for the duration of the patent shall be deemed to have expired at the end of that time.

...

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not.

...

g) prévoir le paiement des taxes réglementaires, y compris le moment et la manière selon laquelle ces taxes doivent être payées, les surtaxes qui peuvent être levées pour les paiements en souffrance, ainsi que les circonstances dans lesquelles les taxes peuvent être remboursées en tout ou en partie;

[. . .]

27. (1) Le commissaire accorde un brevet d'invention à l'inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

(2) L'inventeur ou son représentant légal doit déposer, en la forme réglementaire, une demande accompagnée d'une pétition et du mémoire descriptif de l'invention et payer les taxes réglementaires.

[. . .]

27.1 (1) Le demandeur est tenu de payer au commissaire, afin de maintenir sa demande en état, les taxes réglementaires pour chaque période réglementaire.

28. (1) La date de dépôt d'une demande de brevet est la date à laquelle le commissaire reçoit les documents, renseignements et taxes réglementaires prévus pour l'application du présent article. S'ils sont reçus à des dates différentes, il s'agit de la dernière d'entre elles.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le commissaire peut, s'il estime que cela est équitable, fixer une date de réception des taxes antérieure à celle à laquelle elles ont été reçues.

[. . .]

46. (1) Le titulaire d'un brevet délivré par le Bureau des brevets conformément à la présente loi après l'entrée en vigueur du présent article est tenu de payer au commissaire, afin de maintenir les droits conférés par le brevet en état, les taxes réglementaires pour chaque période réglementaire.

(2) En cas de non-paiement dans le délai réglementaire des taxes réglementaires, le brevet est périmé.

[. . .]

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas:

[. . .]

(c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations;

...

(3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant

(a) makes a request for reinstatement to the Commissioner within the prescribed period;

(b) takes the action that should have been taken in order to avoid the abandonment; and

(c) pays the prescribed fee before the expiration of the prescribed period.

[6] These provisions reflect numerous amendments, including amendments made in S.C. 1993, c. 15, which came into force on October 1, 1996. That was after the filing of the patent applications that are the subject of this appeal. None of the October 1, 1996 amendments affect the issues to be addressed in this case. It is, however, useful to note that among the October 1, 1996 amendments was the repeal of former subsections 27.1(2) and (3), the substance of which is now found in section 73.

[7] The relevant provisions of the current *Patent Rules* are as follows [sections 2, 4(1),(6), 26(1), 152, 153(1), (2),(3), 154(1), 155(1),(3), 157, Sch. II (as am. by SOR/99-291, ss. 19, 20)]:

2. In these Rules,

...

“application” means, except as otherwise provided by these Rules, an application for a patent;

...

“period of grace” means a period of grace within the meaning of Article 5(1) of the *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, made on March 20, 1883 and any amendments and revisions to which Canada is a party.

...

“small entity” in respect of an invention, means an entity that employs 50 or fewer employees or that is a university, but does not include an entity that

c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l'article 27.1;

[. . .]

(3) Elle peut être rétablie si le demandeur:

a) présente au commissaire, dans le délai réglementaire, une requête à cet effet;

b) prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon;

c) paie les taxes réglementaires avant l'expiration de la période réglementaire.

[6] Ces dispositions correspondent aux nombreuses modifications, dont celles que l'on retrouve au chapitre 15 des lois de 1993, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1996, c'est-à-dire après le dépôt des demandes de brevets qui font l'objet du présent appel. Aucune des modifications qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1996 n'a d'incidence sur les questions en litige en l'espèce. Il est toutefois utile de signaler qu'au nombre des modifications qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1996, se trouvait l'abrogation des anciens paragraphes 27.1(2) et 27.1(3), dont on retrouve maintenant l'essentiel des dispositions à l'article 73.

[7] Voici les dispositions pertinentes des *Règles sur les brevets* actuelles [articles 2, 4(1),(6), 26(1), 152, 153(1),(2),(3), 154(1), 155(1),(3), 157, ann. II (mod. par DORS/99-291, art. 20)]:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes règles.

[. . .]

«demande» Sauf disposition contraire des présentes règles, demande de brevet.

[. . .]

«délai de grâce» S'entend au sens de l'article 5(1) de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, intervenue le 20 mars 1883, et toutes ses modifications et révisions auxquelles le Canada est partie.

[. . .]

«petite entité» À l'égard d'une invention, l'entité dotée d'au plus 50 employés ou une université. La présente définition exclut les entités suivantes:

(a) has transferred or licensed, or is under a contractual or other legal obligation to transfer or license, any right in the invention to an entity, other than a university, that employs more than 50 employees, or

(b) has transferred or licensed, or is under a contractual or other legal obligation to transfer or license, any right in the invention to an entity that employs 50 or fewer employees or that is a university, and has knowledge of any subsequent transfer or license of, or of any subsisting contractual or other legal obligation to transfer or license, any right in the invention to an entity, other than a university, that employs more than 50 employees;

a) celle qui a transféré un droit sur l'invention ou octroyé une licence à l'égard de ce droit à une entité dotée de plus de 50 employés qui n'est pas une université, ou qui est tenue de le faire par contrat ou toute autre obligation légale;

b) celle qui a transféré un droit sur l'invention ou octroyé une licence à l'égard de ce droit à une entité dotée d'au plus 50 employés ou à une université, ou qui est tenue de le faire par contrat ou toute autre obligation légale, et qui est au courant du transfert futur d'un droit sur l'invention ou de l'octroi futur d'une licence à l'égard de ce droit à une entité dotée de plus de 50 employés qui n'est pas une université, ou de l'existence d'un contrat ou d'une autre obligation légale prévoyant le transfert d'un tel droit ou l'octroi d'une telle licence à cette dernière.

PART I
RULES OF GENERAL APPLICATION

Fees

...

4. (1) The Commissioner shall, upon request, refund fees in accordance with subsections (2) to (15).

...

(6) Where a fee is paid by an applicant or a patentee on the basis that it is not a small entity, no refund shall be made solely for the reason that it is later determined that it was at the time of payment a small entity.

...

Time

...

26. (1) Subject to subsection (2) and any other provision of these Rules, except in respect of Part V, the Commissioner is authorized to extend the time fixed by these Rules or by the Commissioner under the Act for doing anything, subject to both the extension being applied for and the fee set out in item 22 of Schedule II being paid before the expiry of that time, where the Commissioner is satisfied that the circumstances justify the extension.

...

PART IV
APPLICATIONS FILED IN THE PERIOD
BEGINNING ON OCTOBER 1, 1989 AND
ENDING ON SEPTEMBER 30, 1996

...

PARTIE I
RÈGLES D'APPLICATION GÉNÉRALE

Taxes

[. . .]

4. (1) Le Commissaire effectue, sur demande, le remboursement des taxes versées, selon les modalités prévues aux paragraphes (2) à (15).

[. . .]

(6) Si le demandeur ou le breveté verse une taxe en tant qu'entité autre qu'une petite entité, aucun remboursement n'est effectué au seul motif qu'il est décidé par la suite qu'il était une petite entité au moment du versement.

[. . .]

Délais

[. . .]

26. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des autres dispositions des présentes règles, sauf pour l'application de la partie V, le Commissaire est autorisé à proroger tout délai prévu aux présentes règles ou fixé par lui en vertu de la Loi pour l'accomplissement d'un acte, s'il est convaincu que les circonstances le justifient et si, avant l'expiration du délai, la prorogation a été demandée et la taxe prévue à l'article 22 de l'annexe II a été versée.

[. . .]

PARTIE IV
DEMANDES DÉPOSÉES DURANT LA PÉRIODE
COMMENÇANT LE 1^{er} OCTOBRE 1989 ET SE
TERMINANT LE 30 SEPTEMBRE 1996

[. . .]

Abandonment and Reinstatement

...

152. In order for an application deemed to be abandoned under section 73 of the Act to be reinstated, the applicant must, in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 151, make a request for reinstatement to the Commissioner, take the action that should have been taken in order to avoid the deemed abandonment and pay the fee set out in item 7 of Schedule II before the expiry of the twelve-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure.

153. (1) Where, before October 1, 1996, an application was forfeited pursuant to subsection 73(1) of the Act as it read immediately before that date and was not restored, the application is deemed to have been abandoned pursuant to paragraph 73(1)(f) of the Act on the same date as the forfeiture and may be reinstated in accordance with subsection 73(3) of the Act.

(2) Subject to subsection (3), where, before October 1, 1996, an application was deemed to have been abandoned pursuant to the Act or the *Patent Rules* as they read before that date and was not reinstated, the application is deemed to have been abandoned pursuant to subsection 73(2) of the Act on the same date as the earlier deemed abandonment and may be reinstated in accordance with subsection 73(3) of the Act.

(3) Where an application was, before April 1, 1996, deemed to have been abandoned pursuant to subsection 27.1(2) of the Act as it read immediately before that date, the application may not be reinstated in accordance with subsection 73(3) of the Act.

...

Maintenance Fees

...

154. (1) For the purposes of subsection 27.1(1) and paragraph 73(1)(c) of the Act, the applicable fee to maintain an application in effect, set out in item 30 of Schedule II, shall be paid in respect of the periods set out in that item before the expiry of the times provided in that item.

...

155. (1) Subject to subsections (2) and (3), for the purposes of section 46 of the Act, the applicable fee to maintain the rights accorded by a patent, set out in item 31 of Schedule II, shall be paid in respect of the periods set out in that item

Abandon et rétablissement

[...]

152. Pour que la demande considérée comme abandonnée en application de l'article 73 de la Loi soit rétablie, le demandeur, à l'égard de chaque omission mentionnée au paragraphe 73(1) de la Loi ou visée à l'article 151, présente au Commissaire une requête à cet effet, prend les mesures qui s'imposaient pour éviter la présomption d'abandon et paie la taxe prévue à l'article 7 de l'annexe II, dans les douze mois suivant la date de prise d'effet de la présomption d'abandon.

153. (1) Lorsque, avant le 1^{er} octobre 1996, une demande a été frappée de déchéance aux termes du paragraphe 73(1) de la Loi dans sa version antérieure à cette date et n'a pas été rétablie, elle est considérée comme ayant été abandonnée en application de l'alinéa 73(1)f) de la Loi à la date où elle a été frappée de déchéance et elle peut être rétablie conformément au paragraphe 73(3) de la Loi.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), lorsque, avant le 1^{er} octobre 1996, une demande était considérée comme abandonnée aux termes de la Loi ou des *Règles sur les brevets* dans leur version antérieure à cette date et n'a pas été rétablie, elle est considérée comme ayant été abandonnée en application du paragraphe 73(2) de la Loi à cette date antérieure d'abandon présumé et elle peut être rétablie conformément au paragraphe 73(3) de la Loi.

(3) Lorsque, avant le 1^{er} avril 1996, une demande était considérée comme abandonnée en application du paragraphe 27.1(2) de la Loi dans sa version antérieure à cette date, elle ne peut être rétablie selon le paragraphe 73(3) de la Loi.

[...]

Taxes pour le maintien en état

[...]

154. (1) Pour l'application du paragraphe 27.1(1) et de l'alinéa 73(1)c) de la Loi, la taxe applicable prévue à l'article 30 de l'annexe II pour le maintien de la demande en état est payée à l'égard des périodes indiquées à cet article, avant l'expiration des délais qui y sont fixés.

[...]

155. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), pour l'application de l'article 46 de la Loi, la taxe applicable prévue à l'article 31 de l'annexe II pour le maintien en état des droits conférés par un brevet est payée à l'égard des périodes

before the expiry of the times, including periods of grace, provided in that item.

indiqués à cet article, avant l'expiration des délais, y compris les délais de grâce, qui y sont fixés.

...

[. . .]

(3) No fee to maintain the rights accorded by a patent shall be payable in respect of any period for which a fee to maintain the application for that patent was paid.

(3) Aucune taxe pour le maintien en état des droits conférés par le brevet n'est exigible pour la période à l'égard de laquelle a été payée une taxe pour le maintien en état de la demande du brevet.

...

[. . .]

157. Section 26 does not apply in respect of the times set out in sections 154, 155 and 156.

157. L'article 26 ne s'applique pas aux délais prévus aux articles 154, 155 et 156.

...

[. . .]

SCHEDULE II
(Section 3)
TARIFF OF FEES

ANNEXE II
(Article 3)
TARIF DES TAXES

...

[. . .]

PART VI
MAINTENANCE FEES

PARTIE VI
TAXES POUR LE MAINTIEN EN ÉTAT

Column I Item Description	Column II Fee	Colonne I Article Description	Colonne II Taxe
30. For maintaining an application filed on or after October 1, 1989 in effect, under sections 99 and 154 of these Rules:		30. Maintien en état d'une demande déposée le 1 ^{er} Octobre 1989 ou par la suite, selon les articles 99 et 154 des présentes règles:	
(a) payment on or before the second anniversary of the filing date of the application in respect of the one-year period ending on the third anniversary:		a) paiement au plus tard le 2 ^e anniversaire du dépôt de la demande à l'égard de la période d'un an se terminant au 3 ^e anniversaire:	
(i) where the applicant is a small entity	\$ 50.00	(i) lorsque le demandeur est une petite entité	50,00 \$
(ii) where the entity [applicant] is a large entity	100.00	(ii) lorsque le demandeur est une grande entité	100,00
(b) payment on or before the third anniversary of the filing date of the application in respect of the one-year period ending on the fourth anniversary:		b) paiement au plus tard le 3 ^e anniversaire du dépôt de la demande à l'égard de la période d'un an se terminant au 4 ^e anniversaire:	
(i) where the applicant is a small entity	50.00	(i) lorsque le demandeur est une petite entité	50,00
(ii) where the entity [applicant] is a large entity	100.00	(ii) lorsque le demandeur est une grande entité	100,00
(c) payment on or before the fourth anniversary of the filing date of the application in respect of the one-year period ending on the fifth anniversary:		c) paiement au plus tard le 4 ^e anniversaire du dépôt de la demande à l'égard de la période d'un an se terminant au 5 ^e anniversaire:	
(i) where the applicant is a small entity	50.00	(i) lorsque le demandeur est une petite entité	50,00

(ii) where the entity [applicant] is a large entity 100.00

...

31. For maintaining the rights accorded by a patent issued on the basis of an application filed on or after October 1, 1989, under sections 100, 101 and 156 of these Rules:

(a) in respect of the one-year period ending on the third anniversary of the filing date of the application:

(i) fee, if payment on or before the second anniversary

(A) where the patentee is a small entity 50.00

(B) where the patentee is a large entity 100.00

(ii) fee, including additional fee for late payment, if payment within the period of grace of one year following the second anniversary:

(A) where the patentee is a small entity 250.00

(B) where the patentee is a large entity 300.00

(b) in respect of the one-year period ending on the fourth anniversary of the filing date of the application:

(i) fee, if payment on or before the third anniversary

(A) where the patentee is a small entity 50.00

(B) where the patentee is a large entity 100.00

(ii) fee, including additional fee for late payment, if payment within the period of grace of one year following the third anniversary:

(A) where the patentee is a small entity 250.00

(B) where the patentee is a large entity 300.00

(c) in respect of the one-year period ending on the fifth anniversary of the filing date of the application:

(i) fee, if payment on or before the fourth anniversary

(A) where the patentee is a small entity 50.00

(B) where the patentee is a large entity 100.00

(ii) lorsque le demandeur est une grande entité 100,00

[...]

31. Maintien en état des droits conférés par un brevet délivré au titre d'une demande déposée le 1er octobre 1989 ou par la suite, selon les articles 100, 101 et 156 des présentes règles:

a) à l'égard de la période d'un an se terminant au 3e anniversaire du dépôt de la demande:

(i) taxe, si elle est payée au plus tard le 2e anniversaire:

(A) lorsque le breveté est une petite entité 50,00

(B) lorsque le breveté est une grande entité 100,00

(ii) taxe, y compris la surtaxe pour paiement en souffrance, si elle est payée dans le délai de grâce d'un an suivant le 2e anniversaire:

(A) lorsque le breveté est une petite entité 250,00

(B) lorsque le breveté est une grande entité 300,00

b) à l'égard de la période d'un an se terminant au 4e anniversaire du dépôt de la demande:

(i) taxe, si elle est payée au plus tard le 3e anniversaire:

(A) lorsque le breveté est une petite entité 50,00

(B) lorsque le breveté est une grande entité 100,00

(ii) taxe, y compris la surtaxe pour paiement en souffrance, si elle est payée dans le délai de grâce d'un an suivant le 3e anniversaire:

(A) lorsque le breveté est une petite entité 250,00

(B) lorsque le breveté est une grande entité 300,00

c) à l'égard de la période d'un an se terminant au 5e anniversaire du dépôt de la demande:

(i) taxe, si elle est payée au plus tard le 4e anniversaire:

(A) lorsque le breveté est une petite entité 50,00

(B) lorsque le breveté est une grande entité 100,00

(ii) fee, including additional fee for late payment, if payment within the period of grace of one year following the fourth anniversary:		(ii) taxe, y compris la surtaxe pour paiement en souffrance, si elle est payée dans le délai de grâce d'un an suivant le 4e anniversaire:	
(A) where the patentee is a small entity	250.00	(A) lorsque le breveté est une petite entité	250,00
(B) where the patentee is a large entity	300.00	(B) lorsque le breveté est une grande entité	300,00
(d) in respect of the one-year period ending on the sixth anniversary of the filing date of the application:		d) à l'égard de la période d'un an se terminant au 6e anniversaire du dépôt de la demande:	
(i) fee, if payment on or before the fifth anniversary		(i) taxe, si elle est payée au plus tard le 5e anniversaire:	
(A) where the patentee is a small entity	75.00	(A) lorsque le breveté est une petite entité	75,00
(B) where the patentee is a large entity	150.00	(B) lorsque le breveté est une grande entité	150,00
(ii) fee, including additional fee for late payment, if payment within the period of grace of one year following the fifth anniversary:		(ii) taxe, y compris la surtaxe pour paiement en souffrance, si elle est payée dans le délai de grâce d'un an suivant le 5e anniversaire:	
(A) where the patentee is a small entity	275.00	(A) lorsque le breveté est une petite entité	275,00
(B) where the patentee is a large entity	350.00	(B) lorsque le breveté est une grande entité	350,00

[8] The *Patent Rules* in force before October 1, 1996 [C.R.C., c. 1250] had a more complex definition of "small entity", but the maintenance fee structure was substantially the same. Also, prior to October 1, 1996, the general authority of the Commissioner to extend deadlines set by the *Patent Rules* (now section 26) was found in section 139, and provisions prescribing the fees to be paid to maintain patent applications was found in section 76.1 [as enacted by SOR/89-452, s. 11].

Facts

[9] The '388 patent and the '904 application both describe an inclined furrow seeding method and apparatus said to have been invented by Hugh Barton.

[10] Mr. Barton submitted an application for the '388 patent on April 15, 1994. The '388 patent was granted on July 23, 1996. The maintenance fees payable between 1995 and 1999 for the '388 patent and its application would have been determined as follows:

[8] Dans leur rédaction en vigueur avant le 1^{er} octobre 1996 [C.R.C., ch. 1250], les *Règles sur les brevets* renfermaient une définition beaucoup plus complexe de l'expression «petite entité», mais l'économie de la taxe périodique était essentiellement la même. Aussi, avant le 1^{er} octobre 1996, le pouvoir général du Commissaire de proroger les délais fixés par les *Règles sur les brevets* (maintenant l'article 26) se trouvait à l'article 139, et les dispositions prescrivant les taxes à payer pour maintenir la demande de brevet en état se trouvaient à l'article 76.1 [édicte par DORS/89-452, art. 11].

Faits

[9] Le brevet '388 et la demande '904 décrivent tous les deux une méthode et un appareil d'ensemencement à sillons inclinés qui auraient été inventés par un dénommé Hugh Barton.

[10] M. Barton a présenté le 15 avril 1994 une demande en vue d'obtenir le brevet '388, qui lui a été délivré le 23 juillet 1996. Les taxes périodiques payables entre 1995 et 1999 pour le brevet '388 et la demande de brevet auraient été calculées de la manière suivante:

Fee to maintain application (Old Patent Rules)	Small entity	Large entity	Taxes pour le maintien en état (Anciennes Règles sur les brevets)	Petite entité	Grande entité
Payable on April 15, 1996, the 2 nd anniversary of the filing of the application: Item 38(1)	\$ 50	\$100	Payables le 15 avril 1996, 2 ^e anniversaire du dépôt de la demande (paragraphe 38(1))	50 \$	100 \$
Fee to maintain patent Item 31(b), (c), (d) (New Patent Rules)			Taxes pour le maintien en état Alinéas 31b), c), d) (Nouvelles Règles sur les brevets)		
For the year ending April 15, 1998 (4 th anniversary of the filing of the application): Item 31(b)			Pour l'année se terminant le 15 avril 1998 (4 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 31b))		
If paid by April 15, 1997	\$ 50	\$100	Si payées au plus tard le 15 avril 1997	50 \$	100 \$
If paid by April 15, 1998 (i.e., if period of grace applies)	\$250	\$300	Si payées au plus tard le 15 avril 1998 (c.-à-d. si le délai de grâce s'applique)	250 \$	300 \$
For the year ending April 15, 1999 (5 th anniversary of the filing of the application): Item 31(c)			Pour l'année se terminant le 15 avril 1999 (5 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 31c))		
If paid by April 15, 1998	\$ 50	\$100	Si payées au plus tard le 15 avril 1998	50 \$	100 \$
If paid by April 15, 1999 (i.e., if period of grace applies)	\$250	\$300	Si payées au plus tard le 15 avril 1999 (c.-à-d. si le délai de grâce s'applique)	250 \$	300 \$
For the year ending April 15, 2000 (6 th anniversary of the filing of the application): Item 31(d)			Pour l'année se terminant le 15 avril 2000 (6 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 31d))		
If paid by April 15, 1999	\$ 75	\$150	Si payées au plus tard le 15 avril 1999	75 \$	150 \$
If paid by April 15, 2000 (i.e., if period of grace applies)	\$275	\$350	Si payées au plus tard le 15 avril 2000 (c.-à-d. si le délai de grâce s'applique)	275 \$	350 \$

[11] Mr. Barton submitted the '904 application on April 12, 1995, and it is still pending. The maintenance fees payable between 1995 and 1999 for the '904 application would have been determined as follows:

[11] M. Barton a présenté, le 12 avril 1995, une demande en vue d'obtenir le brevet '904. Sa demande de brevet est toujours en instance. Les taxes périodiques payables entre 1995 et 1999 pour la demande de brevet '904 auraient été calculées de la manière suivante:

Fee to maintain application (New Patent Rules)	Small entity	Large entity	Taxes pour le maintien en état (Nouvelles Règles sur les brevets)	Petite entité	Grande entité
Payable on April 12, 1997, the 2 nd anniversary of the filing of the application: Item 30(a)	\$50	\$100	Payables le 12 avril 1997, 2 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 30a))	50 \$	100 \$
Payable on April 12, 1998, the 3 rd anniversary of the filing of the application: Item 30(b)	\$50	\$100	Payables le 12 avril 1998, 3 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 30b))	50 \$	100 \$
Payable on April 12, 1999, the 4 th anniversary of the filing of the application: Item 30(c)	\$50	\$100	Payables le 12 avril 1999, 4 ^e anniversaire du dépôt de la demande (alinéa 30c))	50 \$	100 \$

[12] Mr. Barton claimed to meet the definition of "small entity" when he submitted his application for the '388 patent, and again when he submitted the '904 application. Maintenance fees relating to the '388 patent and the '904 application have always been paid, when due, on the "small entity" scale.

[12] M. Barton soutenait qu'il répondait à la définition de «petite entité» lorsqu'il a présenté sa demande en vue d'obtenir le brevet '388, de même que lorsqu'il a présenté la demande concernant le brevet '904. Les taxes périodiques relatives au brevet '388 et à la demande '904 ont toujours été payées, à échéance, selon le tarif applicable aux «petites entités».

[13] Barton No-Till Disk Inc. (Barton) and Flexi-Coil Ltd. (Flexi-Coil) are now the owner and exclusive licensee, respectively, of the rights under the '388 patent and the '904 application. It appears that they acquired those rights on November 24, 1994.

[14] Barton and Flexi-Coil are suing Dutch Industries Ltd. (Dutch) for an alleged infringement of the '388 patent. Dutch asserts that if the '904 application is granted, it will be at risk of being sued for infringement of that patent as well.

[15] On March 7, 2000, counsel for Dutch wrote to the Commissioner setting out its position that all maintenance fees for the '388 patent should have been paid on the "large entity" scale, and that the '388 patent had lapsed for non-payment of fees on April 15, 1997. Counsel asked to be heard if the Commissioner decided to accept a top-up payment.

[16] On March 9, 2000, the Commissioner wrote to counsel for Dutch indicating that "small entity" status was claimed in the application for the '388 patent and that the Commissioner had "no indication as to a change in this status". The Commissioner also stated that he accepts claims as to status without investigation and that he has "no authority to investigate the matter".

[17] On March 17, 2000, counsel for Dutch again wrote to the Commissioner, this time referring to both the '388 patent and the '904 application, to advise that in their view, the Commissioner had no authority to accept a top-up payment and again requested to be heard if the Commissioner decided to do so.

[18] Copies of all of the letters described above were sent to counsel for Barton. On March 29, 2000, counsel for Barton wrote two letters to the Commissioner, one relating to the '388 patent and the other relating to the '904 application. The letters told the Commissioner that the patentee of the '388 patent and the applicant for the '904 application "could not claim small entity status effective November 25, 1994". I understand this to be an

[13] Barton No-Till Disk Inc. (Barton) et Flexi-Coil Ltd. (Flexi-Coil) sont respectivement propriétaire et breveté exclusifs des droits conférés par le brevet '388 et la demande '904. Il semble qu'ils aient acquis ces droits le 24 novembre 1994.

[14] Barton et Flexi-Coil poursuivent Dutch Industries Ltd. (Dutch) pour contrefaçon présumée du brevet '388. Dutch affirme que, si la demande '904 est accueillie, elle risque d'être poursuivie également pour contrefaçon de ce brevet.

[15] Le 7 mars 2000, les avocats de Dutch ont écrit au Commissaire pour exposer la thèse de Dutch selon laquelle toutes les taxes périodiques relatives au brevet '388 auraient dû être payées au tarif des «grandes entités», et que le brevet '388 a été frappé de déchéance le 15 avril 1997 pour non-paiement de taxes. Les avocats ont demandé d'être entendus si le Commissaire décidait d'accepter un paiement complémentaire.

[16] Le 9 mars 2000, le Commissaire a écrit aux avocats de Dutch pour les informer que le statut de «petite entité» était revendiqué dans la demande relative au brevet '388 et que le Commissaire ne disposait [TRADUCTION] «d'aucun élément permettant de conclure à la modification de ce statut». Le Commissaire déclarait également qu'il acceptait les revendications de statut sans faire enquête et qu'il n'était pas [TRADUCTION] «habilité à faire enquête sur la question».

[17] Le 17 mars 2000, les avocats de Dutch ont de nouveau écrit au Commissaire, cette fois-ci en mentionnant le brevet '388 et la demande '904, pour informer le Commissaire qu'à leur avis, le Commissaire n'avait pas le pouvoir d'accepter un paiement complémentaire. Ils ont de nouveau demandé à être entendus si le Commissaire décidait d'accepter un paiement complémentaire.

[18] Des copies de toutes les lettres susmentionnées ont été envoyées à l'avocat de Barton. Le 29 mars 2000, l'avocat de Barton a écrit deux lettres au Commissaire, la première au sujet du brevet '388 et l'autre, au sujet de la demande '904. Dans ces lettres, il affirmait au Commissaire que le titulaire du brevet '388 et l'auteur de la demande '904 [TRADUCTION] «ne peuvent revendiquer le statut de petite entité à compter du 25 novembre

admission that Mr. Barton would not meet the definition of “small entity” if the determination is made as of November 25, 1994 or any subsequent date.

[19] Enclosed with the letter relating to the ‘388 patent were top-up payments for the final fee paid May 9, 1996 and the maintenance fees due on April 15 of 1996, 1997, 1998 and 1999. Enclosed with the letter for the ‘904 application were top-up payments for the initial filing fee paid April 12, 1995 and the maintenance fees due on April 12 of 1997, 1998 and 1999.

[20] The Commissioner accepted the top-up payments. The patent records relating to the ‘388 patent and the ‘904 application were amended to make it appear that all maintenance fees were paid on their original due date on the “large entity” scale. Dutch brought applications for judicial review in the Trial Division to quash the Commissioner’s decisions to accept the top-up payments for the maintenance fees, and to have the ‘388 patent and the ‘904 application declared lapsed for failure to pay maintenance fees when due.

[21] Dutch’s applications were allowed, the decisions of the Commissioner were set aside and the matters were remitted to the Commissioner for redetermination on the basis that there was no authority to accept the top-up payments in this case.

[22] Barton and Flexi-Coil now appeal to this Court. Their appeal is supported by the intervener, Intellectual Property Institute of Canada/Institut de la Propriété Intellectuelle du Canada (IPIC).

Discussion

Standard of Review

[23] The Judge considered the appropriate standard of review on the basis of the factors stated in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and concluded that the impugned decisions of the Commissioner should be reviewed on

1994». Si j’ai bien compris, il s’agit là d’un aveu selon lequel M. Barton ne répond pas à la définition de «petite entité», si la décision est prise en date du 25 novembre 1994 ou à toute date ultérieure.

[19] L’avocat a joint à la lettre relative au brevet ‘388 des paiements complémentaires pour le versement final du 9 mai 1996 et pour les taxes périodiques exigibles le 15 avril 1996, 1997, 1998 et 1999. Il a annexé à la lettre portant sur la demande ‘904 des paiements complémentaires concernant les frais de dépôt initial payés le 12 avril 1995 ainsi que les taxes périodiques dues le 12 avril 1997, 1998 et 1999.

[20] Le Commissaire a accepté les paiements complémentaires. Les passages des registres des brevets relatifs au brevet ‘388 et à la demande ‘904 ont été modifiés pour donner l’impression que toutes les taxes périodiques avaient été payées à la date d’échéance initiale en fonction du barème applicable aux «grandes entités». Dutch a saisi la Section de première instance de demandes de contrôle judiciaire en vue de faire annuler la décision du Commissaire d’accepter les paiements complémentaires en règlement des taxes périodiques, et de faire déclarer caducs le brevet ‘388 et la demande ‘904 pour défaut d’acquitter à échéance les taxes périodiques.

[21] Les demandes de Dutch ont été accueillies, les décisions du Commissaire ont été annulées et l’affaire a été renvoyée au Commissaire pour qu’il prenne une nouvelle décision en partant du principe qu’il n’avait pas le pouvoir d’accepter les paiements complémentaires en l’espèce.

[22] Barton et Flexi-Coil interjettent appel de cette décision devant notre Cour. Leur appel est appuyé par l’intervenant, Institut de la Propriété Intellectuelle du Canada/Intellectual Property Institute of Canada (IPIC).

Analyse

Norme de contrôle

[23] Le juge de première instance a examiné la question de la norme de contrôle appropriée en se fondant sur les facteurs énumérés dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et elle a conclu

the standard of correctness. I agree with her analysis and her conclusions on that point.

Interpretation of the Statute

[24] The legal issue before the Judge was whether the Commissioner was authorized by the *Patent Act* or the *Patent Rules* to permit a large entity to top up maintenance fees that had been paid on the small entity scale, where the top up was received after the deadline set out in the *Patent Rules* for the payment of the fee.

[25] There is nothing in the *Patent Act* or the *Patent Rules* that expressly deals with the consequence of the underpayment of a maintenance fee. Nor is there any provision that expressly authorizes the Commissioner to determine whether or not to accept a top up to a maintenance fee after the date upon which the maintenance fee is due.

[26] Section 26 of the current *Patent Rules* (as well as former section 139) gives the Commissioner the authority to extend deadlines set out in the Rules. However, the extension must be requested and the applicable extension fee paid before the deadline, which would not have been possible in this case. In any event, the authority of the Commissioner to extend deadlines is limited by any contrary provision in the Rules. The Judge found, and I agree, that section 157, of the *Patent Rules* and former subsection 76.1(6), preclude the Commissioner from extending the deadlines for the payment of maintenance fees. That necessarily implies that the Commissioner lacks the authority to permit a deficient maintenance fee to be topped up after the date upon which the fee was due.

[27] However, it does not follow that the judgment under appeal is correct. I do not accept the unstated premise that underlies the judgment, which is that the

que le contrôle judiciaire des décisions contestées du Commissaire devait se faire en fonction de la norme du bien-fondé. Je souscris à l'analyse et aux conclusions du juge de première instance sur ce point.

Interprétation de la loi

[24] La question de droit soumise au juge était celle de savoir si le Commissaire avait compétence, en vertu de la *Loi sur les brevets* ou des *Règles sur les brevets*, pour accepter des versements correctifs faits par une grande entité pour combler le déficit de taxes périodiques déjà payées au tarif applicable aux petites entités, lorsque le paiement complémentaire était reçu après l'expiration du délai prévu par les *Règles sur les brevets* pour le paiement des taxes en question.

[25] La *Loi sur les brevets* et les *Règles sur les brevets* sont muettes sur les conséquences d'un paiement insuffisant de taxes périodiques. Elles ne renferment pas non plus de dispositions qui autorisent expressément le Commissaire à décider d'accepter ou non un paiement complémentaire pour combler le déficit de taxe périodique après la date d'échéance du paiement de la taxe périodique.

[26] L'article 26 des *Règles sur les brevets* actuelles confère au Commissaire—tout comme l'ancien article 139—le pouvoir de proroger les délais prévus par les Règles. La prorogation doit toutefois être expressément demandée et les frais de prorogation applicables doivent être acquittés avant la date limite, ce qui n'aurait pas été possible en l'espèce. En tout état de cause, la compétence du Commissaire en matière de prorogation de délais est limitée par toute disposition contraire pouvant être prévue par les Règles. Le juge de première instance a conclu—et j'abonde dans son sens—que l'article 157 et le paragraphe 76.1(6) des anciennes Règles empêchent le Commissaire de proroger le délai de paiement des taxes périodiques. Il s'ensuit nécessairement que le Commissaire n'a pas le pouvoir de permettre à l'intéressé de combler le déficit après l'expiration du délai dans lequel les taxes étaient payables.

[27] Il ne s'ensuit pas pour autant que le jugement frappé d'appel soit bien fondé. Je n'accepte pas la prémisse tacite sous-jacente au jugement, en l'occurrence

status of a person as a “small entity” may change from time to time.

[28] As I interpret the relevant statutory provisions, a person who meets the definition of “small entity” when applying for a patent maintains that status as long as the application is pending, and as long as the patent remains in effect. In my view, there is no statutory requirement for the status of a person as a “small entity” or “large entity” to be redetermined at any other time, at least in relation to maintenance fees. I reach that conclusion for the following reasons.

[29] The proper approach to the interpretation of the relevant provisions of the *Patent Act* and *Patent Rules* must follow the principle stated as follows in Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[30] There is no dispute about the statutory objectives in play in this case. The fees payable under the *Patent Act* and *Patent Rules* are intended to defray part or all of the costs of the Patent Office. Fees are set at a lower scale for “small entities” to provide modest monetary relief to inventors that are presumed to be of limited means. The regime of annual maintenance fees was put in place to discourage the proliferation of deadwood patents and patent applications by requiring patentees and patent applicants, at least on an annual basis, to take steps to keep them in good standing. The definition of “small entity” must be understood against the background of these objectives, and in its statutory context.

[31] The definition of “small entity” is complex, in the sense that it asks a number of questions, some of which may be rather difficult to answer with precision. Some of these questions are factual, and others are questions of mixed fact and law. For convenience, I will

que le statut de «petite entité» d’une personne peut changer à l’occasion.

[28] Suivant mon interprétation des dispositions législatives pertinentes, la personne qui répond à la définition de «petite entité» lorsqu’elle présente une demande de brevet conserve ce statut tant et aussi longtemps que sa demande est en instance, et tant que le brevet demeure en vigueur. À mon avis, la loi n’exige pas que le statut de «petite entité» ou de «grande entité» d’une personne soit révisé à un autre moment, du moins en ce qui concerne les taxes périodiques. J’en arrive à cette conclusion pour les raisons suivantes.

[29] La bonne méthode d’interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets* et des *Règles sur les brevets* doit s’inspirer du principe suivant posé par Driedger, Elmer A., dans son ouvrage *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983), à la page 87:

[TRANSCRIPTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution en matière d’interprétation législative: il faut lire les termes de la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[30] L’objet de la loi ne fait aucun doute en l’espèce. Les taxes exigibles en vertu de la *Loi sur les brevets* et des *Règles sur les brevets* visent à défrayer le Bureau des brevets de la totalité ou d’une partie de ses coûts. Les taxes sont calculées en fonction d’un barème moins élevé dans le cas des «petites entités» pour accorder un certain allègement aux inventeurs, qui sont présumés ne disposer que de moyens limités. Le régime de paiement de taxes périodiques annuelles a été instauré en vue de décourager la prolifération de brevets et de demandes de brevets inutiles en obligeant les titulaires et les demandeurs de brevets, au moins une fois par année, à entreprendre des démarches pour les conserver en état. La définition de «petite entité» doit être interprétée en fonction de ces objectifs et en tenant compte du contexte législatif.

[31] La définition de «petite entité» est complexe, en ce sens qu’elle oblige à répondre à plusieurs questions, dont certaines sont plutôt difficiles à résoudre avec précision. Certaines de ces questions sont factuelles et d’autres sont des questions mixtes de fait et de droit. Par

refer to the questions inherent in the definition of “small entity” as “factual determinations”, despite the significant legal component. Here are some of the factual determinations that a patent applicant must make under the current definition:

(1) Is the applicant a university? (Is a college a “university”? What about a research organizations that is somehow affiliated with or attached to a university or college?)

(2) Does the applicant have 50 or fewer employees? (What is the meaning of “employee” in this context? Does it refer to persons engaged under a contract of service as opposed to a contract for services? Does it mean full-time employees, part-time employees, employees on leave? If the applicant is a corporation, does it include employees of related or affiliated corporations? How close must the connection be?)

(3) Has any right to the invention been transferred or licensed? If so, to whom? Then questions (1) and (2) must be considered for that party.

(4) Is the applicant under any contractual or other legal obligation to transfer or license any right in the invention? What kinds of “other legal obligation” must be taken into account? If there is such an obligation, to whom is it owed? Again, questions (1) and (2) must be considered for that party.

(5) If the other party is a university or an entity that employs 50 or fewer employees, does the applicant have knowledge of any subsequent transfer or license of (or of any subsisting contractual or other legal obligation to transfer or licence) any right to an invention to an entity, other than a university, that employs more than 50 employees?

[32] The definition in effect when the application for the '388 patent was submitted is even more complex. I

souci de commodité, je vais désigner sous le nom de «constatations de fait» les questions inhérentes à la définition de «petite entité», malgré son importante composante juridique. Voici quelques-unes des constatations de fait que celui qui demande l'octroi d'un brevet doit établir pour être en mesure de répondre à la définition actuelle:

1) Le demandeur est-il une université? (Un collège est-il une «université»? Que penser des organismes de recherche qui sont affiliés ou rattachés de près ou de loin à une université ou à un collège?)

2) Le demandeur compte-t-il au maximum 50 employés? (Qu'entend-on par «employé» dans ce contexte? Vise-t-on les personnes engagées en vertu d'un contrat de louage de services plutôt que par un contrat d'entreprise? Vise-t-on les employés à temps plein, les employés à temps partiel, les employés en congé? Si le demandeur est une personne morale, les employés de ses sociétés liées ou affiliées sont-ils inclus? Jusqu'à quel point les liens doivent-ils être étroits?)

3) Des droits sur l'invention ont-ils été transférés ou une licence a-t-elle été octroyée à l'égard de ces droits? Dans l'affirmative, à qui les droits ont-ils été transférés ou la licence octroyée? Il faut ensuite répondre aux questions 1) et 2) en ce qui concerne cette personne.

4) Le demandeur est-il tenu par contrat ou par toute autre obligation légale de transférer ses droits sur l'invention ou d'accorder une licence à l'égard de ces droits? De quel type d'«autre obligation légale» doit-on tenir compte? S'il existe une telle obligation, qui en est le créancier? Là encore, il faut ensuite répondre aux questions 1) et 2) en ce qui concerne cette personne.

5) Si l'autre partie est une université ou une entité dotée d'au plus 50 employés, le demandeur est-il au courant du transfert futur d'un droit sur l'invention ou de l'octroi futur d'une licence à l'égard de ce droit à une entité dotée de plus de 50 employés qui n'est pas une université, ou de l'existence d'un contrat ou d'une autre obligation légale prévoyant le transfert d'un tel droit ou l'octroi d'une telle licence à cette dernière?

[32] La définition qui s'appliquait lorsque la demande relative au brevet '388 a été présentée était encore plus

will not reproduce it, but I note some of the factual determinations that it required:

(1) If the applicant is not an individual, what is the applicant's "gross annual revenue" (and what does that mean—does it refer to the revenues of a particular year or some kind of average, and if an average, over what period)?

(2) If the applicant is not an individual, is the applicant engaged in manufacturing (and what does "manufacturing" mean in this context)?

(3) If the applicant is not an individual, is the applicant engaged in "other than manufacturing" (what does that mean—that it is not engaged in manufacturing)?

(4) Depending on the answers to (2) and (3), does the applicant employ more than 100 or more than 50 employees?

(5) Depending upon the existence of any licences or agreements of the kind referred to in the definition (and here the questions are similar to those asked under the current definition), questions (1), (2), (3) and (4) must be asked about the other party to the licence or agreement.

[33] It seems to me that no matter how diligently an applicant for a patent attempts to make these factual determinations accurately, there is some risk of being wrong. If a "small entity" incorrectly concludes that it is a "large entity", the consequences are not very severe. The "small entity" would simply pay fees that are modestly higher than required, with no chance of a refund. But if a "large entity" incorrectly concludes that it is a "small entity", the consequence is catastrophic, unless the error is discovered in time to take corrective action.

[34] There is a striking omission in the definition of "small entity". Although the nature of the questions asked by the definition is such that the various factual determinations must be made as of some point in time,

complexe. Je ne la reproduis pas ici, mais je rappelle certaines des constatations factuelles qu'elle obligeait à faire:

1) Si le demandeur n'est pas une personne physique, quel est son «revenu annuel brut» (et qu'entend-on par là: vise-t-on le revenu d'une année déterminée ou une sorte de moyenne et, dans ce dernier cas, d'une moyenne établie sur une période de combien d'années)?

2) S'il n'est pas une personne physique, le demandeur se livre-t-il à de la fabrication (et que signifie le mot «fabrication» dans ce contexte)?

3) S'il n'est pas une personne physique, le demandeur se livre-t-il à d'autres activités que de la fabrication (et qu'entend-on par «autres activités que de la fabrication»)?

4) Selon la réponse aux questions 2) et 3), le demandeur compte-t-il plus de 100 employés ou plus de 50 employés?

5) Selon l'existence de toute licence ou entente du type de celles dont il est question dans la définition (et, ici, les questions ressemblent à celles qui sont posées en ce qui concerne la définition actuelle), les questions 1), 2), 3) et 4) doivent être posées au sujet de l'autre partie à la licence ou à l'entente.

[33] Il me semble que, peu importe la diligence qu'exerce celui qui demande un brevet pour faire ces constatations factuelles de façon aussi précise que possible, il risque jusqu'à un certain point de se tromper. Si une «petite entité» conclut à tort qu'elle est une «grande entité», les conséquences ne sont pas très graves. La «petite entité» paiera simplement des taxes qui sont à peine plus élevées que celles qui sont exigées, sans possibilité d'être remboursée. En revanche, si une «grande entité» conclut à tort qu'elle est une «petite entité», les conséquences sont catastrophiques, sauf si l'erreur est découverte assez tôt pour qu'elle puisse prendre des mesures correctives.

[34] La définition de «petite entité» comporte une omission qui saute aux yeux. Bien que la nature des questions posées par la définition fait en sorte que les diverses constatations de fait doivent être établies à un

there are no words in the definition that stipulate the date at which the facts are to be determined. I call that omission striking because of the importance of the definition, and by extension the factual determinations it requires. It bears repeating that an error may have catastrophic consequences, and yet the date as of which the critical factual determinations must be made is not stated.

[35] In the absence of any express provision as to time, at least two possibilities occur to me. One is that the factual determinations must be made as of the due date of every fee that varies depending upon “small entity” or “large entity” status. The other is that the factual determinations must be made only once, as of the date on which the first such fee is payable (which in most cases would be the date upon which the application for a patent is submitted).

[36] Dutch is the only party to argue in favour of an interpretation that requires “small entity” or “large entity” status to be determined at different points in time. However, its submissions refer to provisions that do not in fact point unequivocally to that conclusion. Every provision relied upon by Dutch is comprehensible within a scheme that requires only a single determination of status. I will refer specifically to two examples which illustrate this point.

[37] First, Dutch points to subsection 4(6) of the *Patent Rules*, quoted above, which I reproduce for ease of reference:

4. . . .

(6) Where a fee is paid by an applicant or a patentee on the basis that it is not a small entity, no refund shall be made solely for the reason that it is later determined that it was at the time of payment a small entity. [Emphasis added.]

[38] Dutch argues that this indicates that, for each maintenance fee throughout the life of a patent application or a patent, the status of a patent applicant or patentee as a “small entity” or a “large entity” must be determined “at the time of payment”. The problem with

certain moment donné, la définition ne précise pas dans quel délai elles doivent l’être. Je qualifie cette omission de frappante à cause de l’importance de la définition, et à cause des constatations factuelles que, par extension, elle exige. Il vaut la peine de répéter que toute erreur peut à cet égard avoir des conséquences catastrophiques, et que pourtant, le délai dans lequel ces constatations factuelles cruciales doivent être faites n’est pas précisé.

[35] À défaut de disposition explicite au sujet des délais, je songe à aux moins deux possibilités. La première est que les constatations factuelles doivent être faites au plus tard à la date d’échéance de chaque paiement de taxe, date qui varie selon qu’on a affaire à une «petite entité» ou à une «grande entité». L’autre est que les constatations factuelles ne doivent être faites qu’une seule fois, à la date à laquelle la première taxe est payable (ce qui, dans la plupart des cas, correspond à la date à laquelle la demande de brevet a été présentée).

[36] Dutch est la seule partie qui plaide en faveur d’une interprétation qui exige que l’on détermine le statut de «petite entité» ou de «grande entité» à divers moments. Elle cite toutefois dans sa plaidoirie des dispositions qui ne permettent pas de tirer de façon non équivoque une telle conclusion. Chacune des dispositions invoquées par Dutch n’est compréhensible que si on la situe dans le cadre d’un système qui exige une seule décision quant au statut. Je citerai expressément deux exemples qui illustrent ma conclusion.

[37] Tout d’abord, Dutch cite le paragraphe 4(6), précité, des Règles que je reproduis à nouveau par souci de commodité:

4. [. . .]

(6) Si le demandeur ou le breveté verse une taxe en tant qu’entité autre qu’une petite entité, aucun remboursement n’est effectué au seul motif qu’il est décidé par la suite qu’il était une petite entité au moment du versement. [Soulignement ajouté.]

[38] Dutch soutient qu’il en ressort que, pour chaque taxe périodique à payer pendant toute la durée d’une demande de brevet ou d’un brevet, le statut de «petite entité» ou de «grande entité» d’un demandeur ou d’un titulaire de brevet doit être déterminé «au moment du

using subsection 4(6) in this fashion is that subsection 4(6) is not intended to address the critical question, which is not clearly answered anywhere in the statute. The critical question, phrased in terms that make it relevant for subsection 4(6), is this: In determining the status of a patent applicant or patentee at the time of the payment of a particular maintenance fee, do you consider the facts that existed when the person first took steps to engage the patent regime for the particular application or patent, or do you consider the facts that existed on the due date of the payment of the particular fee? If the latter, then a “small entity” is a “small entity” at the time of the payment of the maintenance fee in question. Since subsection 4(6) works no matter what the answer to the critical question is, it cannot assist in determining which answer is correct.

[39] Dutch also relies on the fact that Items 30, 31 and 32 of Schedule II are phrased in the present tense (“where the applicant is a small entity” or “where the patentee is a small entity”), and do not say, for example, “where the applicant was a small entity at the date of the filing of the application”. This argument is based on the same premise as the first. Consider again the critical question, and the two possible answers. It is immediately apparent that if the principle is that a person who is a “small entity” at the outset remains a “small entity”, that person “is” a small entity on every date upon which a maintenance fee is payable.

[40] Dutch also points out that a one-time only determination of status would be unfair to any person who is a “large entity” when a patent application is submitted but, through a reversal of fortunes, later becomes a “small entity”. I put little weight on that consideration because maintenance fees, even on the highest scale, are relatively modest.

[41] Considering the ease with which innocent errors as to status can occur, and that the Commissioner has no authority to relieve against the consequences of underpaying a maintenance fee, I give much more weight

versement». Le problème que soulève le fait d'utiliser le paragraphe 4(6) de cette façon est que ce paragraphe n'est pas censé aborder la question cruciale, à laquelle la loi ne répond nulle part. La question cruciale, formulée de manière à la rendre pertinente pour l'application du paragraphe 4(6), est la suivante: pour déterminer le statut du demandeur ou du titulaire de brevet au moment du versement d'une taxe périodique déterminée, doit-on tenir compte des faits qui existaient lorsque l'intéressé a pour la première fois entrepris des démarches pour faire entrer en jeu le régime des brevets en ce qui concerne la demande ou le brevet en question, ou doit-on tenir compte des faits qui existaient à la date d'échéance du paiement de la taxe en cause? Dans ce dernier cas, une «petite entité» est une «petite entité» au moment du versement de la taxe périodique en question. Comme le paragraphe 4(6) s'applique, peu importe la réponse que l'on donne à la question cruciale, il n'est d'aucune utilité pour décider quelle réponse est la bonne.

[39] Dutch invoque aussi le fait que les articles 30, 31 et 32 de l'annexe II sont formulés au présent («lorsque le demandeur est une petite entité» ou «lorsque le breveté est une petite entité»), et qu'ils ne disent pas, par exemple, «lorsque le demandeur était une petite entité à la date du dépôt de la demande». Cet argument repose sur la même prémisse que le premier. Revenons sur la question cruciale et sur les deux réponses possibles. Il appert d'emblée que si le principe applicable est que la personne qui est une «petite entité» au départ demeure une «petite entité», cette personne «est» une petite entité peu importe la date à laquelle la taxe périodique est payable.

[40] Dutch souligne également qu'une décision qui ne serait prise qu'une seule fois au sujet du statut serait injuste pour toute personne qui est une «grande entité» lorsqu'une demande de brevet est présentée, mais qu'à la suite d'un revirement de situation cette personne devient par la suite une «petite entité». J'accorde peu de poids à ce facteur, parce que, même dans le cas des grandes entités, les taxes périodiques sont relativement modestes.

[41] Si l'on tient compte de la facilité avec laquelle des erreurs de bonne foi sur le statut peuvent être commises, et du fait que le Commissaire n'a pas le pouvoir de remédier aux conséquences d'un versement

to the consequence of interpreting the *Patent Rules* to mean that the status of a person as a “small entity” is changeable. This is the kind of situation that invites reference to the comments of La Forest C.J., as he then was, in *Estabrooks Pontiac Buick Ltd., Re* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), at page 210:

There is no doubt that the duty of the courts is to give effect to the intention of the Legislature as expressed in the words of the statute. And however reprehensible the result may appear, it is our duty if the words are clear to give them effect. This follows from the constitutional doctrine of the supremacy of the Legislature when acting within its legislative powers. The fact that the words as interpreted would give an unreasonable result, however, is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation. For it should not be readily assumed that the Legislature intends an unreasonable result or to perpetrate an injustice or absurdity.

[42] A more succinct expression of the same thought is found in Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002), at page 247:

Interpretations that result in a lack of fit between conduct and consequences may be rejected as absurd.

This comment is made in the context of a chapter entitled “Consequential Analysis”, which among other things surveys the jurisprudence to discover the circumstances in which the consequence of a particular statutory interpretation provides a ground for rejecting that interpretation for “absurdity”. Here, the word “absurdity” is used almost as a term of art, signifying a result that is so unreasonable as to be unacceptable. The categories of absurdity recognized by Professor Sullivan are indicated by the following subheadings: “Purpose is defeated”, “Irrational distinctions”, “Misallocation and disproportion”, “Contradictions and anomalies”, “Inconvenience”, “Interference with the efficient administration of justice”, and “Consequences that are self-evidently irrational or unjust”. The quoted comment is made under

insuffisant de taxes périodiques, j’accorde beaucoup plus de poids aux conséquences de l’interprétation des *Règles sur les brevets* suivant laquelle le statut de «petite entité» d’une personne peut être modifié. C’est le genre de situation qui nous incite à rappeler les propos suivants tenus par le juge en chef La Forest (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) dans l’arrêt *Estabrooks Pontiac Buick Ltd., Re* (1982), 44 R.N.-B. 201 (C.A.), à la page 210:

Il ne fait aucun doute que le devoir des tribunaux est de donner effet à l’intention du législateur, telle qu’elle est formulée dans le libellé de la Loi. Tout répréhensible que le résultat puisse apparaître, il est de notre devoir, si les termes sont clairs, de leur donner effet. Cette règle découle de la doctrine constitutionnelle de la suprématie de la Législature lorsqu’elle agit dans le cadre de ses pouvoirs législatifs. Cependant, le fait que les termes, selon l’interprétation qu’on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s’assurer que ces termes ne sont pas susceptibles de recevoir une autre interprétation, car il ne faudrait pas trop facilement prendre pour acquis que le législateur recherche un résultat déraisonnable ou entend créer une injustice ou une absurdité.

[42] On trouve une formulation plus succincte de la même pensée dans l’ouvrage de Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Toronto: Butterworths, 2002), à la page 247:

[TRADUCTION] L’interprétation qui conduit à une incohérence entre les actes et les conséquences peut être rejetée comme étant absurde.

Ces propos ont été formulés dans le contexte d’un chapitre intitulé [TRADUCTION] «Analyse des conséquences», dans lequel l’auteur recense notamment la jurisprudence pour découvrir les circonstances dans lesquelles les conséquences d’une interprétation législative déterminée justifient le rejet de cette interprétation parce qu’elle crée une «absurdité». Ici, le mot «absurdité» est employé presque comme un terme technique pour désigner un résultat qui est déraisonnable au point d’être inacceptable. Le professeur Sullivan répertorie sous les rubriques suivantes les diverses catégories d’absurdité qu’elle relève: [TRADUCTION] «Effet contraire au but recherché», «Distinctions irrationnelles», «Erreur de qualification et disproportion», «Contradictions et anomalies»,

the heading “Misallocation and disproportion”.

[43] In my view, the absence of any mention of a temporal element in the definition of “small entity” presents a problem of statutory interpretation that should be solved in a manner that minimizes the risk of catastrophic consequences from an innocent error in the determination of status. The disproportionate consequence of such an error overwhelmingly favours the proposition that the status of an applicant for a particular patent should be determined only once, at the outset. Under that interpretation, a patent applicant that believes itself to be a “small entity” would still bear the risk of losing its patent rights because of an innocent error in making the relevant factual determinations at the outset. However, that risk will exist only once, and will not be multiplied by the number of times at which a maintenance fee is payable.

[44] I recognize that a patent applicant who is concerned about the risk of losing its rights could always err on the side of caution and pay maintenance fees on the large entity scale in every case. However, the small entity scale was devised for the purpose of giving modest monetary relief to inventors of limited means. I see no justification for depriving such inventors of that advantage simply because the Governor in Council has failed to provide sufficiently precise definitions, and has compounded the difficulty by failing to provide a means of relieving patent applicants from the consequences of innocent error.

[45] I have considered the assertion of the Commissioner, in one of his letters to counsel for Dutch, that the Commissioner believes that he does not have the authority to investigate the assertions of patent applicants or patentees as to their status as “small entities” or “large entities”. I do not understand how the Commissioner’s conclusion as to the limitation on his powers can be reconciled with the broad language of subsection 4(2) of the *Patent Act*, but I prefer to express

«Inconvenance», «Entrave à la bonne administration de la justice» et «Conséquences manifestement irrationnelles ou injustes». Le passage précité se trouve sous la rubrique «Erreur de qualification et disproportion».

[43] À mon avis, l’absence de quelque mention que ce soit d’un élément temporel dans la définition de «petite entité» pose un problème d’interprétation de la loi qui devrait être résolu de manière à minimiser les risques de conséquences catastrophiques pouvant découler d’une erreur commise de bonne foi lors de la détermination du statut. Les conséquences disproportionnées d’une pareille erreur favorisent massivement la proposition que le statut de la personne qui demande un brevet particulier devrait être déterminé une seule fois, au début. Suivant cette interprétation, le demandeur de brevet qui se considère comme une «petite entité» risquerait quand même de perdre les droits que lui confère le brevet par suite d’une erreur commise de bonne foi lors de l’établissement des constatations factuelles pertinentes au début du processus. Toutefois, ce risque ne se présentera qu’une seule fois et il ne sera pas multiplié par le nombre de fois où la taxe périodique est payable.

[44] Je reconnais que le demandeur de brevet qui s’inquiète des risques qu’il court de perdre ses droits pourrait toujours pécher par excès de prudence et payer dans chaque cas la taxe périodique exigible d’une grande entité. Cependant, le tarif applicable aux petites entités a été conçu dans le but d’accorder un certain allègement financier aux inventeurs qui ne disposent que de moyens limités. Rien ne justifie selon moi de priver ces inventeurs de cet avantage simplement parce que le gouverneur en conseil n’a pas défini les notions applicables avec suffisamment de précision et a aggravé la difficulté en ne prévoyant aucun moyen de remédier aux conséquences d’une erreur commise de bonne foi.

[45] J’ai examiné l’assertion que le Commissaire a formulée dans une de ses lettres aux avocats de Dutch, en l’occurrence qu’il estime qu’il n’a pas le pouvoir de faire enquête sur les assertions des demandeurs ou titulaires de brevets au sujet de leur statut de «petite entité» ou de «grande entité». Je ne vois pas comment on pourrait concilier la conclusion du Commissaire au sujet des limites apportées à ses pouvoirs avec le libellé général du paragraphe 4(2) de la *Loi sur les brevets*,

no opinion on that point. If the investigative powers of the Commissioner are as limited as he appears to believe, that is yet another reason why the definition of “small entity” should be given an interpretation that does not expose patent applicants and patentees to unwarranted risks.

[46] For these reasons, it is my view that the case before the Judge was argued on the basis of an incorrect premise, which was unquestioned by any of the parties until the point was raised by the Court when deliberating on this appeal, that the status of a person as a “small entity” is determined when a patent application is made and must be redetermined whenever a maintenance fee is due in relation to the patent application or the resulting patent. In my view, the relevant statutory provisions should be interpreted in such a way that a person who meets the definition of “small entity” when the patent regime is first engaged (generally, when submitting a patent application) maintains that status in relation to that patent application and any resulting patent throughout its term.

[47] Based on that interpretation of the definition of “small entity”, I now return to the facts. Mr. Barton met the definition of “small entity” on the date when he submitted his application for the ‘388 patent. It follows that all maintenance fees relating to the ‘388 patent should have been paid on the “small entity” scale, which they were. Therefore, there is no basis for concluding that the application for the ‘388 patent was ever deemed to have been abandoned or that the term of the ‘388 patent expired for non-payment or underpayment of maintenance fees. No fees were payable on the “large entity” scale.

[48] The same cannot be said of the ‘904 application. All maintenance fees payable for the ‘904 application should have been paid on the “large entity” scale because, according to the evidence in the record, Mr. Barton did not meet the definition of “small entity” on

mais je préfère n’exprimer aucune opinion sur ce sujet. Si les pouvoirs d’enquête du Commissaire sont aussi restreints que ce qu’il semble croire, voilà une raison de plus de donner à la définition de l’expression «petite entité» une interprétation qui n’expose pas les demandeurs et titulaires de brevets à des risques injustifiés.

[46] Pour ces motifs, je suis d’avis que l’affaire portée devant le juge de première instance a été plaidée sur une prémisse erronée, et que cette erreur n’a été signalée par aucune des parties jusqu’à ce que la Cour la relève lors de son examen de l’appel. Cette prémisse erronée est que le statut de «petite entité» d’une personne est déterminé lorsque la demande de brevet est présentée et qu’il doit être déterminé de nouveau chaque fois qu’un versement de taxe périodique est exigible au titre de la demande de brevet ou du brevet qui en découle. À mon avis, les dispositions législatives applicables devraient être interprétées de manière à ce que la personne qui répond à la définition de «petite entité» lorsque le régime des brevets entre en jeu pour la première fois (habituellement, lors du dépôt de la demande de brevet), conserve ce statut en ce qui concerne cette demande de brevet et tout brevet en découlant pendant toute la durée de celui-ci.

[47] Compte tenu de cette interprétation de la définition de «petite entité», je reviens aux faits de l’espèce. M. Barton répondait à la définition de «petite entité» à la date où il a présenté sa demande en vue d’obtenir le brevet ‘388. Il s’ensuit que toutes les taxes périodiques relatives au brevet ‘388 devaient être payées selon le barème applicable aux «petites entités», ce qui s’est effectivement produit. Par conséquent, rien ne permet de conclure que la demande relative au brevet ‘388 ait jamais été réputée avoir été abandonnée ou encore que le brevet ‘388 ait été frappé de déchéance pour non-paiement ou paiement insuffisant des taxes périodiques. Aucune taxe n’était payable au tarif des «grandes entités».

[48] On ne peut pas en dire autant de la demande ‘904. Toutes les taxes périodiques payables au titre de la demande ‘904 devaient être payées selon le tarif applicable aux «grandes entités» parce que, selon la preuve versée au dossier, M. Barton ne répondait pas à

April 12, 1995 when the '904 application was submitted. The failure to pay fees on the "large entity" scale is a fatal error. No top-up payment is possible. It follows that the '904 application was deemed to have been abandoned on April 12, 1997.

[49] I would therefore allow this appeal in part, amending the first paragraph of the order of the Judge to require the Commissioner to reconsider, in accordance with these reasons, the decisions he made on March 29, 2000 and (a) with respect to the '904 application, to correct the patent records to indicate that the required maintenance fees have not been paid, and (b) with respect to the '388 patent, to correct the patent records to indicate that all required maintenance fees have been paid. The purported "top-up" payments should also be returned. In the circumstances, all parties should bear their own costs in this Court and in the Trial Division.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

la définition de «petite entité» le 12 avril 1995, lorsque la demande '904 a été présentée. Le défaut de payer les taxes selon le tarif des «grandes entités» constitue une erreur fatale. Aucun paiement complémentaire n'est possible. Il s'ensuit que la demande '904 est réputée avoir été abandonnée le 12 avril 1997.

[49] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le présent appel en partie, de modifier le premier paragraphe de l'ordonnance du juge de première instance de manière à enjoindre au Commissaire de réexaminer, conformément aux présents motifs, les décisions qu'il a prises le 29 mars 2000 et, a) en ce qui concerne la demande de brevet '904, de rectifier les registres des brevets pour préciser que la taxe périodique exigée n'a pas été payée, et b) en ce qui concerne le brevet '388, de rectifier les registres des brevets pour préciser que la taxe périodique exigée a été payée en entier. Les présumés «paiements complémentaires» doivent également être rendus. Dans ces conditions, toutes les parties supporteront leurs propres dépens tant devant notre Cour que devant la Section de première instance.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je suis du même avis.

	A-442-02	A-442-02
	A-443-02	A-443-02
	2003 FCA 138	2003 CAF 138
Pfizer Canada Inc. (Appellant)		Pfizer Canada Inc. (appelante)
v.		c.
Attorney General of Canada (Respondent)		Le procureur général du Canada (intimé)
and		et
The Canadian Drug Manufacturers' Association (Intervener)		L'association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (intervenante)
	A-443-02	A-443-02
Schering Canada Inc. (Appellant)		Schering Canada Inc. (appelante)
v.		c.
Attorney General of Canada (Respondent)		Le procureur général du Canada (intimé)
and		et
The Canadian Drug Manufacturers' Association (Intervener)		L'association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (intervenante)
INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)		RÉPERTORIÉ: PFIZER CANADA INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)
Court of Appeal, Strayer, Nadon and Pelletier JJ.A.— Toronto, January 29; Ottawa, March 14, 2003.		Cour d'appel, juges Strayer, Nadon et Pelletier, J.C.A.— Toronto, 29 janvier; Ottawa, 14 mars 2003.

Patents — Patented medicines — Health Minister refusing to list patents under NOC Regulations, s. 4 as Canadian patent applications not preceding date of NOC submissions — American equivalent patents already applied for — Meaning of “filing date” in s. 4(4) — F.C.T.D. Judge holding meaning Canadian patent application filing date — Whether ambiguity due to minor discrepancy in English, French versions — Appeals dismissed by F.C.A. — International instruments not prohibiting interpretation of s. 4(4) in Patent Act context — Patent Act not legislation implementing international agreements — No necessity for reference to international law where legislation clear — Requirement to file patent application prior to NOC submission not discriminating on nationality basis — NOC Regulations extra administrative process for public health protection — Special remedies not detracting from priority regarding Canadian patent applications — Requirement to apply for Canadian patent

Brevets — Médicaments brevetés — Le ministre de la Santé a refusé d'inscrire des brevets en vertu de l'art. 4 du Règlement sur les AC puisque la date des demandes pour les brevets canadiens n'a pas précédé celle des demandes d'AC — Des demandes pour des brevets américains équivalents avaient déjà été faites — Signification de «date de dépôt» de l'art. 4(4) — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a statué que cette date était celle du dépôt d'une demande de brevet canadien — Y-a-t-il ambiguïté du fait d'un léger écart entre les versions française et anglaise? — La C.A.F. rejette les appels — Les instruments internationaux permettent cette interprétation de l'art. 4(4) dans le contexte de la Loi sur les brevets — La Loi sur les brevets n'est pas une loi visant à mettre en œuvre des conventions internationales — On n'a pas besoin de regarder le droit international lorsque la législation est claire — L'exigence de déposer la demande de brevet avant la demande d'AC n'est pas discriminatoire sur le plan de la nationalité —

before recourse to remedies under Regulations not inconsistent with Paris Convention.

Construction of Statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — Meaning of term “filing date” in s. 4(4) — F.C.A. affirming F.C.T.D. decision term meaning Canadian patent application filing date — Minor discrepancy in wording of English, French versions but case not turning on use of definite, indefinite article — Appellants citing international instruments, arguing prohibit interpretation of s. 4(4) in Patent Act context — Presumption Parliament not intending to legislate contrary to international treaties but inapplicable where legislation clear — NOC Regulations not adopted to implement treaty — Not discriminating on nationality basis.

These were three appeals from an order of Blanchard J. denying applications for judicial review of the Minister's refusal to list certain patents pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, section 4. Subsection 4(4) permits submission of a patent list after a patent is issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of a submission of a notice of compliance. In each case, listing was refused because the filing date of the applications for Canadian patents did not precede the filing date of NOC submissions. In each case, an American equivalent patent had previously been applied for. Appellants' argument, before both Blanchard J. and this Court, was that the term “filing date” in Regulations, subsection 4(4) is not confined to the date an application is filed for a Canadian patent but instead means the “priority date” of a Canadian patent based on, in these cases, the date of filing patent applications in the U.S.A. which, in each case, preceded the date of filing submissions for notices of compliance.

Having reviewed the Minister's decision according to the standard of correctness, the issue being one of law, the Trial Division Judge concluded that the words “a filing date”, read in context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and Parliamentary intent, was exhaustive, referring only to the Canadian patent application filing date. The Judge did consider the argument of ambiguity in the Regulation, since the English version speaks

Le Règlement sur les AC constitue un processus administratif supplémentaire pour la protection de la santé publique — Les recours spéciaux ne diminuent pas la priorité à l'égard des demandes de brevets canadiens — L'exigence de demander un brevet canadien avant de pouvoir jouir de la protection prévue au Règlement n'est pas incompatible avec la Convention de Paris.

Interprétation des lois — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Signification du terme «date de dépôt» de l'art. 4(4) — La C.A.F. confirme la décision par laquelle la C.F. 1^{re} inst. a statué qu'il s'agit de la date de dépôt pour un brevet canadien — Il existe un léger écart entre le libellé des versions anglaise et française, mais l'affaire ne tourne pas autour de l'utilisation de l'emploi d'un article défini ou indéfini — Les appelantes invoquent des instruments internationaux, plaidant qu'ils ne permettent pas cette interprétation de l'art. 4(4) dans le contexte de la Loi sur les brevets — On doit présumer que le Parlement n'a pas l'intention de légiférer à l'encontre des traités internationaux, mais cette présomption est inapplicable lorsque la législation est claire — Le Règlement sur les AC n'a pas été pris pour mettre en œuvre des traités — Il n'y a pas de discrimination sur le plan de la nationalité.

Ces trois appels visent l'ordonnance par laquelle le juge Blanchard a rejeté les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du refus du ministre d'inscrire certains brevets conformément au paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Le paragraphe 4(4) permet à une personne de soumettre une liste de brevets après la délivrance d'un brevet fondé sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité. Dans toutes ces affaires, l'inscription a été refusée parce que la date de dépôt des demandes pour les brevets canadiens n'a pas précédé celle des demandes d'AC. Dans toutes ces affaires, une demande pour un brevet américain équivalent avait déjà été faite. Les appelantes ont fait valoir, tant devant le juge Blanchard que devant la Cour d'appel, que le terme «date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement ne se limite pas à la date à laquelle la demande est déposée pour un brevet canadien; selon elles, ce terme signifie la «date de priorité» d'un brevet canadien, fondée sur la date du dépôt des demandes pour les brevets américains qui, dans toutes ces affaires, est antérieure à la date de dépôt des demandes d'AC.

Après avoir examiné la décision du ministre selon la norme de la décision correcte, puisqu'il s'agissait d'une question de droit, le juge de première instance a conclu que les mots «date de dépôt», lus dans leur contexte et selon leur sens grammatical et ordinaire, harmonieusement avec le modèle de la Loi et l'intention du législateur, étaient exhaustifs, ne faisant référence qu'à la date de dépôt d'une demande de brevet canadien. Le juge a examiné l'argument suivant lequel le

of “a filing date” while the French refers to “*la date de dépôt*” but indicated that the case did not turn on use of a definite or indefinite article.

Held, the appeals should be dismissed.

There were two essential issues upon this appeal: (1) does the reference to “a filing date” in subsection 4(4) include a priority date based on an earlier foreign filing, or is the provision at least ambiguous; (2) should international conventions be resorted to and, if so, are they determinative?

Read as a whole, it is clear that section 4 deals with a patent list confined to Canadian patents. It is obvious that all the references to a “patent” are to the same patent and, given that only a Canadian patent can appear on the list, the references must be to an application for, and issuance of, a Canadian patent. While it is true that there are provisions in the *Patent Act* in which the term “filing date” includes a foreign filing, it is clear from the context that a previous foreign filing was referred to. It was unnecessary to consider the difference in the two official language versions since, in the legislative context, the meaning is the same.

Appellants, however, pointed to three international instruments: *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) and *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement) which, it was argued, prohibit the respondent’s interpretation of subsection 4(4) in the context of the *Patent Act*. NAFTA does provide that any “federal law that implements a provision of the Agreement or fulfils an obligation of the Government of Canada under the Agreement shall be interpreted in a manner consistent with the Agreement” but that leaves open the question as to what laws implement a NAFTA obligation. While section 19.3 of the *Patent Act* does authorize the Governor in Council to make regulations to implement NAFTA, Article 1720, that Article, not here invoked, appears to involve only transitional provisions. This also suggests that the Governor in Council was not given a general mandate to implement NAFTA by regulations and further casts doubt on appellants’ submission that subsection 4(4) must be interpreted as legislation implementing NAFTA. Parliament is presumed not to intend to legislate contrary to international treaties. But this is a mere presumption and, where the legislation is clear, there is no necessity for reference to international law.

Règlement était ambigu puisque la version anglaise renvoie à [TRADUCTION] «une date de dépôt» (*a filing date*), tandis que la version française mentionne «la date de dépôt», mais il a dit que l’affaire ne tournait pas autour de l’emploi d’un article défini ou indéfini.

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

Il y avait deux questions fondamentales dans cet appel: 1) Le renvoi à [TRADUCTION] «une date de dépôt» du paragraphe 4(4) inclut-il la date de priorité fondée sur un dépôt antérieur à l’étranger, ou peut-on à tout le moins qualifier cette disposition d’ambiguë?; 2) Doit-on recourir aux conventions internationales et, le cas échéant, sont-elles déterminantes?

Si on lit l’article 4 dans son ensemble, il est clair qu’il traite d’une liste de brevets limitée aux brevets canadiens. Il est évident que tous les renvois à un «brevet» visent un même brevet et, comme seul un brevet canadien peut être inclus dans la liste, il s’agit obligatoirement de la demande et de la délivrance d’un brevet canadien. Bien qu’il soit vrai que certaines dispositions de la *Loi sur les brevets* utilisent le terme «date de dépôt» pour viser le dépôt à l’étranger, leur contexte indique clairement qu’on renvoie à un dépôt antérieur à l’étranger. Il n’était pas nécessaire d’examiner la différence entre les deux versions officielles puisque leur signification est la même dans le contexte de la législation.

Les appelantes ont toutefois invoqué trois instruments internationaux, la *Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle*, l’*Accord de libre-échange nord-américain* (l’ALÉNA) et l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC) qui, selon elles, ne permettent pas l’interprétation du paragraphe 4(4) donnée par l’intimé dans le contexte de la *Loi sur les brevets*. L’ALÉNA prévoit en effet que tout «texte législatif fédéral qui met en œuvre une disposition de l’Accord ou vise à permettre au gouvernement du Canada d’exécuter une obligation contractée par lui aux termes de l’Accord s’interprète[e] d’une manière compatible avec celui-ci», mais cela laisse en suspens la question de savoir quelles lois peuvent mettre en œuvre une obligation de l’ALÉNA. Bien que l’article 19.3 de la *Loi sur les brevets* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour mettre en œuvre l’article 1720 de l’ALÉNA, cet article, qu’on n’a pas invoqué en l’espèce, ne semble viser que des dispositions de transition. Cela semble aussi indiquer qu’on n’a pas donné au gouverneur en conseil le mandat général de mettre en œuvre l’ALÉNA par la prise de règlements. Enfin, cela jette le doute sur la prétention des appelantes selon laquelle le paragraphe 4(4) doit être interprété comme une loi visant à mettre en œuvre l’ALÉNA. On doit présumer que le Parlement n’a pas l’intention de légiférer à l’encontre des traités internationaux. Il ne s’agit cependant que d’une présomption et, lorsque la législation est claire, on n’a pas besoin de regarder le droit international.

Appellants cited *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)* as authority for the proposition that international treaties are always a proper aid in the interpretation of domestic legislation. But that Supreme Court of Canada decision could be distinguished as one involving the interpretation of the *Special Import Measures Act* which was intended to implement the *General Agreement on Tariffs and Trade*. The Regulations at issue herein were not adopted to implement an international agreement. Even if any of the international instruments relied upon by appellants were to be taken into account, none would dictate the result suggested by appellants. The requirement to file a patent application in Canada prior to making an NOC submission does not discriminate on the basis of nationality as it applies equally to Canadian originators and those from foreign countries. Indeed, all of the appellants are Canadian companies. While Article 4B of the Paris Convention provides that one filing a patent application in a member country enjoys a right of priority based upon the date of original filing, subsection 4(4) of the Regulations in no way invalidates a patent first filed in another Union member where that patent is invoked for purposes of priority in filing for a Canadian patent. The Regulations provide an extra administrative process connected with public health protection. On the one hand, they assist the development and preparation for marketing of generic drugs while, on the other hand, protecting patentees who can prevent, for 24 months, the issuance to a generic manufacturer of an NOC just by applying for prohibition. These special remedies in no way detract from the priority to which Convention member patents are entitled in Canada with respect to Canadian patent applications. Appellants were at liberty to file patent applications in Canada prior to filing their NOC submissions but failed to do so. There is nothing inconsistent with the Paris Convention in requiring the holder of a Convention patent to apply for the same patent in Canada prior to taking advantage of the additional enforcement rights under the Regulations just as has to be done to be able to exercise enforcement rights under the *Patent Act* generally.

Les appelantes ont cité l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)* pour étayer leur prétention selon laquelle les traités internationaux constituent toujours une aide légitime pour l'interprétation de la loi interne. On peut cependant établir une distinction avec cet arrêt où la Cour suprême du Canada devait interpréter la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, qui avait pour but de mettre en œuvre l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*. Le Règlement en cause dans les présentes affaires n'a pas été pris pour mettre en œuvre une convention internationale. Même s'il fallait tenir compte de l'un ou l'autre des instruments internationaux invoqués par les appelantes, aucun de ces instruments ne saurait dicter le résultat préconisé par les appelantes. L'exigence de déposer la demande de brevet au Canada avant de demander un AC n'est pas discriminatoire sur le plan de la nationalité puisqu'elle s'applique de la même façon aux créateurs canadiens et étrangers. En fait, toutes les appelantes sont des sociétés canadiennes. L'article 4B de la Convention de Paris indique que la personne qui dépose une demande de brevet dans un pays membre jouit d'un droit de priorité fondé sur la date du dépôt original, mais le paragraphe 4(4) du Règlement n'invalide aucunement un brevet déposé préalablement chez un autre membre de l'Union lorsque ce brevet est invoqué à des fins de priorité de dépôt pour un brevet canadien. Le Règlement prévoit un processus administratif supplémentaire lié à la protection de la santé publique. Il facilite, d'une part, la mise au point et la préparation de drogues génériques et protège, d'autre part, les brevetés qui peuvent empêcher, en faisant une simple demande d'interdiction, la délivrance d'un AC à l'égard d'un produit générique pendant 24 mois. Ces recours spéciaux ne diminuent en aucune façon la priorité à laquelle les brevets des membres de la Convention ont droit au Canada à l'égard des demandes de brevets canadiens. Les appelantes avaient la possibilité de déposer des demandes de brevet au Canada avant de déposer leurs demandes d'AC, mais elles ne l'ont pas fait. Il n'y a rien d'incompatible avec la Convention de Paris dans le fait d'exiger que le détenteur d'un brevet régi par la Convention fasse une demande au Canada pour le même brevet avant de pouvoir jouir de la protection supplémentaire prévue au Règlement, tout comme il doit d'ailleurs le faire pour faire respecter ses droits en vertu de la *Loi sur les brevets*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Arts. 2, 3, 4.

General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United

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, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1701, 1702.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'*Accord de*

Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Arts. 1701, 1702.

North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44, s. 3.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property, March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, 828 U.N.T.S. 305, Arts. 2, 4B.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 “claim date” (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 26), 10(1) (as am. *idem*, s. 28), 19.3 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 191), 28.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 28.4 (as enacted *idem*).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3).

Special Import Measures Act, S.C. 1984, c. 25.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal), [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81.

REFERRED TO:

Daniels v. White and The Queen, [1968] S.C.R. 517; *Schreiber v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513; 167 C.C.C. (3d) 51; 22 C.P.C. (5th) 207; 292 N.R. 250; 164 O.A.C. 354 (S.C.C.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

AUTHORS CITED

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.

APPEALS from the order of a Trial Division Judge ([2003] 1 F.C. 423; (2002), 20 C.P.R. (4th) 193; 221 F.T.R. 130) denying applications for judicial review of the refusal by the Minister of Health to list certain Canadian patents on patent lists under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* section 4. Appeals dismissed.

Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 N.U.R.T. 3, art. 2, 3, 4.

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, 828 N.U.R.T. 305, art. 2, 4B.

Loi sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44, art. 3.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 «claim date» (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 26) 10(1) (mod., *idem*, art. 28), 19.3 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 191), 28.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 28.4 (édicte, *idem*).

Loi sur les mesures spéciales d'importation, S.C. 1984, ch. 25.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Daniels v. White and The Queen, [1968] R.C.S. 517; *Schreiber c. Canada (Procureur général)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513; 167 C.C.C. (3d) 51; 22 C.P.C. (5th) 207; 292 N.R. 250; 164 O.A.C. 354 (C.S.C.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

DOCTRINE

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1979.

APPELS de l'ordonnance ([2003] 1 C.F. 423; (2002), 20 C.P.R. (4th) 193; 221 F.T.R. 130) par laquelle le juge de la Section de première instance a rejeté les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du refus du ministre de la Santé d'inscrire certains brevets canadiens à la liste des brevets conformément à l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appels rejetés.

APPEARANCES:

Anthony G. Creber and François Grenier for appellants.
F. B. Woyiwada for respondent.
Edward J. B. Hore for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Hazzard & Hore, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRAYER J.A.: These three appeals were heard at the same time. They are from the same order of Blanchard J. [[2003] 1 F.C. 423 (T.D.)] dismissing applications for judicial review of the decision of the Minister of Health refusing to list certain Canadian patents on the patent lists pursuant to section 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (as amended by SOR/98-166, s. 3) (the Regulations).

[2] In each of these cases the sequence of relevant events was as follows.

1. Filing of a U.S. patent application for a drug.
2. Filing in Canada, of a submission for that drug in order to obtain a notice of compliance (NOC).
3. Filing in Canada of a patent application in respect of the same drug.
4. Issue in Canada of an NOC in respect of the drug.
5. Issue of the Canadian patent.
6. Submission to the Minister of National Health and Welfare of the Canadian patent within 30 days of its issue for addition to a patent list under subsection 4(1) of the Regulations.

ONT COMPARU:

Anthony G. Creber et François Grenier pour les appelantes.
F. B. Woyiwada pour l'intimé.
Edward J. B. Hore pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Hazzard & Hore, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Ces trois appels ont été entendus en même temps. Ils visent une même ordonnance, celle par laquelle le juge Blanchard [[2003] 1 C.F. 423 (1^{re} inst.)] a rejeté leurs demandes de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du ministre de la Santé de refuser d'inscrire aux listes de brevets certains brevets canadiens conformément à l'article 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (mod. par DORS/98-166, art. 3) (le Règlement).

[2] Dans toutes ces affaires, les événements pertinents se sont déroulés dans l'ordre suivant:

1. Dépôt de la demande de brevet américain pour une drogue.
2. Dépôt, au Canada, d'une demande d'avis de conformité (AC) pour cette drogue.
3. Dépôt, au Canada, d'une demande de brevet à l'égard de cette même drogue.
4. Délivrance, au Canada, d'un AC pour la drogue.
5. Délivrance du brevet canadien.
6. Présentation d'une demande au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social dans les 30 jours suivant la délivrance du brevet canadien pour que ce dernier soit ajouté à une liste de brevets conformément au paragraphe 4(1) du Règlement.

[3] In each case the Minister refused to list the Canadian patents because the filing date of the applications for those Canadian patents did not precede the filing date for submissions for NOCs.

[4] (It is not explained in the material who applied for the U.S. patents nor the relationship of those applicants to the Canadian appellants in these appeals. Nothing appears to turn on this detail.)

[5] Section 4 of the Regulations provides in part as follows:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

...

(b) set out any Canadian patent that is owned by the person . . . that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

...

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2). [Emphasis added.]

[6] The Minister takes the position that, pursuant to subsection 4(4), he can only list a Canadian patent where an application was made for such patent prior to the filing of a submission for an NOC. In all of these cases there had been an application for a U.S. equivalent patent prior to the filing of a submission, but in each case the application for the Canadian patent was not made until after the filing of NOC submissions.

[7] The appellants all sought judicial review of the Minister's refusals. In one set of reasons and identical

[3] Dans toutes ces affaires, le ministre a refusé d'inscrire les brevets canadiens dans la liste parce que la date de dépôt des demandes pour ces brevets canadiens n'a pas précédé la date des demandes d'AC.

[4] (La documentation n'explique pas qui a fait la demande pour les brevets américains ni quelle relation existe entre ces demandeurs et les appelantes canadiennes dans les présents appels. Ces précisions ne semblent pas utiles pour trancher le litige.)

[5] Les dispositions suivantes sont tirées de l'article 4 du Règlement:

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants:

[. . .]

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire [. . .] qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

[. . .]

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondé sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2). [Non souligné dans l'original.]

[6] Le ministre fait valoir qu'il ne peut, en vertu du paragraphe 4(4), inscrire dans la liste un brevet canadien que si la demande de brevet est antérieure au dépôt de la demande d'AC. Dans toutes les présentes affaires, on avait fait une demande pour un brevet américain équivalent avant de déposer la demande d'AC, mais on n'a fait la demande pour le brevet canadien qu'après avoir déposé la demande d'AC.

[7] Toutes les appelantes cherchent à obtenir le contrôle judiciaire du refus du ministre. Ayant prononcé

orders the applications judge, Blanchard J., dismissed these applications.

[8] The argument which the appellants made before the Applications Judge and made in this Court is that the term “filing date” in subsection 4(4) of the Regulations is not confined to the date an application is filed for a Canadian patent but instead means the “priority date” of a Canadian patent based on as, in these cases, the date of filing applications in the U.S. for patents which in each case preceded the date of filing submissions under the Regulations for notices of compliance.

[9] The Applications Judge, correctly in my view, held that the standard of review of the Minister’s decision was correctness, the issue being a question of law.

[10] His main conclusion was as follows, at paragraph 51:

I therefore conclude that the words “a filing date”, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament, should be interpreted to be exhaustive and refer solely to the filing date for an application for patent in Canada.

He did consider the argument that there was ambiguity in subsection 4(4) of the Regulations because the English version refers to “a filing date” [emphasis added] preceding the drug submission while the French version speaks of “la date de dépôt” [emphasis added] of the application. He concluded that the French version was narrower and must be taken to refer to “the” filing date which in context must be confined to one possible date, the date of filing of an application for a Canadian patent. He chose this meaning as the one common to both versions, being the narrower meaning. However, he also said (at paragraph 43) that determination of the main issue would not turn simply on the use of a definite or indefinite article: “it is a factor to be considered”. He then went on to find that looking at the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] and Regulations as a whole, the meaning of “an application date” was clear and unambiguous, referring only to the application filed in Canada for a Canadian patent. In the light of this conclusion he found that he did not have to resort to

des motifs communs et rendu des ordonnances identiques dans toutes ces affaires, le juge Blanchard, qui a entendu les demandes, les a rejetées.

[8] Les appelantes ont fait valoir devant le juge et devant la Cour d’appel que le terme «date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement ne se limite pas à la date à laquelle la demande est déposée pour un brevet canadien. Selon elles, ce terme signifie la «date de priorité» d’un brevet canadien, date qui correspond à la date du dépôt des demandes pour les brevets américains qui, dans toutes ces affaires, est antérieure à la date de dépôt des demandes d’AC en vertu du Règlement.

[9] Le juge a, à bon droit selon moi, statué que la norme de contrôle de la décision du ministre était celle de la décision correcte puisqu’il s’agit d’une question de droit.

[10] Il a formulé sa conclusion principale comme suit, au paragraphe 51:

Par conséquent, je conclus que les mots «date de dépôt», lus dans leur contexte entier et selon leur sens grammatical et ordinaire, harmonieusement avec le modèle de la Loi et l’intention du législateur, devraient être interprétés comme étant exhaustifs et comme faisant référence uniquement à la date de dépôt d’une demande de brevet au Canada.

Il a examiné l’argument suivant lequel le paragraphe 4(4) du Règlement prête à équivoque parce que la version anglaise renvoie à [TRADUCTION] «une date de dépôt» [soulignement ajouté] (*a filing date*) antérieure à la demande pour la drogue, tandis que la version française mentionne «la date de dépôt» [soulignement ajouté] de la demande. Il a conclu que la version française était plus restrictive et qu’on doit considérer qu’il s’agit de «la» date de dépôt qui, selon le contexte, ne peut être que la date du dépôt de la demande pour un brevet canadien. L’interprétation retenue est celle qui est commune aux deux versions, c’est-à-dire l’interprétation la plus étroite. Il a cependant aussi dit, au paragraphe 43, que la détermination de la principale question en litige ne tournerait pas simplement autour de l’emploi d’un article indéfini ou défini: «il s’agit d’un facteur à considérer». Après avoir examiné la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] et le Règlement comme un tout, il a ensuite conclu que [TRADUCTION] «une date de dépôt» renvoie clairement et de façon non ambiguë à la

international conventions as aids to interpretation, as urged to do by the appellants. He observed, however, that he could find no conflict between his interpretation of subsection 4(4) and the international instruments relied on by them.

[11] The appellants argued before us that the Applications Judge was in error on all of these conclusions.

Issues

[12] I believe the essential issues are:

- (1) Does the reference to “a filing date” in subsection 4(4) of the Regulations include a priority date based on an earlier foreign filing, or is the provision at least ambiguous?
- (2) Should international conventions be resorted to in order to determine the meaning of “a filing date”, and if so are they determinative?

Analysis

(1) Intrinsic meaning of “a filing date” in subsection 4(4)

[13] I am satisfied, like the Applications Judge, that the meaning of “a filing date” in subsection 4(4) is amply clear and that it refers to the filing date of an application for a Canadian patent.

[14] If one reads section 4 (*supra*) as a whole it is clear that it deals with a patent list confined to Canadian patents. Paragraph 4(2)(b) makes it clear that only Canadian patents may be included. Subsection 4(4) provides that the patentee may

4. (1) . . .

(4) . . . within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent

demande déposée au Canada pour un brevet canadien. Vu cette conclusion, il a estimé qu’il n’était pas nécessaire de se servir, comme le lui ont demandé les appelantes, des conventions internationales comme outils d’interprétation. Il a cependant remarqué qu’il ne voyait pas d’incompatibilité entre son interprétation du paragraphe 4(4) et les textes internationaux invoqués par les appelantes.

[11] Les appelantes ont plaidé devant la Cour que toutes ces conclusions du juge sont erronées.

Questions

[12] À mon sens, les questions fondamentales sont les suivantes:

- 1) Le renvoi à [TRADUCTION] «une date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement inclut-il la date de priorité fondée sur un dépôt antérieur à l’étranger, ou peut-on à tout le moins qualifier cette disposition d’ambiguë?
- 2) Doit-on recourir aux conventions internationales pour déterminer la signification de [TRADUCTION] «une date de dépôt» et, le cas échéant, sont-elles déterminantes?

Analyse

1) Quelle est la signification intrinsèque du terme [TRADUCTION] «une date de dépôt» du paragraphe 4(4)

[13] Comme le juge, je suis convaincu que le terme [TRADUCTION] «une date de dépôt», utilisé au paragraphe 4(4), a une signification suffisamment claire et qu’il renvoie à la date de dépôt d’une demande pour un brevet canadien.

[14] Si on lit l’article 4, précité, dans son ensemble, il est clair qu’il traite d’une liste de brevets limitée aux brevets canadiens et que seuls les brevets canadiens peuvent être inclus aux termes de l’alinéa 4(2)b). Le paragraphe 4(4) prévoit que le brevet peut

4. (1) [. . .]

(4) [. . .] dans les 30 jours suivant la délivrance d’un brevet qui est fondé sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d’avis de conformité,

list . . . [Emphasis added.]

It is obvious that all of these references to a “patent” are to the same patent and, as we know that only a Canadian patent can be on such a list, they must refer to the application for, and issuance of, a Canadian patent.

[15] The appellants argue that there are other uses of “filing date” in the *Patent Act* where the term includes a foreign filing. They cite subsections 28.4(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33], 28.4(4) [as enacted *idem*], paragraph 28.1(1)(b) [as enacted *idem*], and subsection 10(1) [as am. *idem*, s. 28]. Suffice it to say that in the first three provisions it is clear from the context of these provisions that a previous foreign filing is being referred to. I do not understand the reference in their factums to subsection 10(1) which is said to use the term “filing date” twice. I cannot find the phrase in that subsection.

[16] On the other hand, the term “claim date” [as enacted *idem*, s.26] is defined as follows:

2. . . .

“claim date” means the date of a claim in an application for a patent in Canada, as determined in accordance with section.

Section 28.1 provides that the date of a claim in a Canadian application is the filing date of that application unless the applicant asserts priority of its claim on the basis of previously filed applications in Canada or abroad in respect of the same subject-matter. This further confirms the view that where the term “filing date” is used alone without qualification it refers to the date of filing an application in Canada.

[17] I find it unnecessary to consider the difference in language between the two official language versions. I believe the meaning is the same in both because of the

soumettre une liste de brevets [. . .] [Non souligné dans l’original.]

Il est évident que tous ces renvois à un «brevet» visent un même brevet et, comme nous savons que seul un brevet canadien peut être inclus dans une telle liste, il s’agit obligatoirement de la demande et de la délivrance d’un brevet canadien.

[15] Les appelantes font valoir que, dans la *Loi sur les brevets* (la Loi), le terme «date de dépôt» est parfois employé pour viser le dépôt à l’étranger. Elles citent les paragraphes 28.4(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] et 28.4(4) [édicte, *idem*], l’alinéa 28.1(1)(b) [édicte, *idem*] et le paragraphe 10(1) [édicte, *idem*, art. 28] de la Loi. Qu’il suffise de dire que, dans les trois premières dispositions, le contexte indique clairement qu’on renvoie à un dépôt antérieur à l’étranger. Je ne comprends pas, dans leurs mémoires, le renvoi au paragraphe 10(1) qui, à leur dire, utilise deux fois le terme «date de dépôt». Je ne trouve nulle part ce terme dans ce paragraphe.

[16] Le terme [TRADUCTION] «date de la revendication» est cependant défini comme suit:

2. [. . .]

[TRADUCTION] «date de la revendication» signifie la date d’une demande de brevet au Canada, déterminée conformément à l’article 28.1. *

L’article 28.1 prévoit que la date de la revendication d’une demande canadienne est la date de dépôt de celle-ci, sauf si le demandeur a présenté, à l’égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur une demande antérieurement déposée au Canada ou à l’étranger relativement au même objet. Cela confirme du reste l’opinion selon laquelle lorsque le terme «date de dépôt» est employé seul, sans qualificatif, il renvoie à la date de dépôt d’une demande au Canada.

[17] J’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner la différence entre les termes utilisés dans les deux langues officielles. Je crois que la signification est la même dans

* Note de l’arrêviste. Il n’y a pas de définition de “date de la revendication” à l’article 2 de la *Loi sur les brevets*.

context of the Regulations and Act.

[18] For these reasons I am satisfied the meaning of “filing date” in subsection 4(4) is clear and unambiguous and is confined to the filing of an application in Canada in conformity with the *Patent Act*.

(2) Must international conventions nevertheless be consulted and given effect?

[19] The appellants resort to three international instruments which, they say, prohibit this interpretation of subsection 4(4) in the total context of the *Patent Act*.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property [828 U.N.T.S. 305]

Article 2

(1) Nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals; all without prejudice to the rights specially provided for by this Convention. Consequently, they shall have the same protection as the latter, and the same legal remedy against any infringement of their rights, provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with.

...

Article 4

B. — Consequently, any subsequent filing in any of the other countries of the Union before the expiration of the periods referred to above shall not be invalidated by reason of any acts accomplished in the interval, in particular, another filing, the publication or exploitation of the invention, the putting on sale of copies of the design, or the use of the mark, and such acts cannot give rise to any third-party right or any right of personal possession. Rights acquired by third parties before the date of the first application that serves as the basis for the right of priority are reserved in accordance with the domestic legislation of each country of the Union. Article 4

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, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No.2]

les deux cas en raison du contexte du Règlement et de la Loi.

[18] Pour ces motifs, je suis convaincu que le terme «date de dépôt» au paragraphe 4(4) est clair et non ambigu et que cette date est celle du dépôt d'une demande au Canada conformément à la *Loi sur les brevets*.

2) Doit-on quand même consulter les conventions internationales et leur donner effet?

[19] Les appelantes invoquent trois instruments internationaux qui, selon elles, ne permettent pas cette interprétation du paragraphe 4(4) dans le contexte global de la *Loi sur les brevets*.

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle [828 N.U.R.T. 305]

Article 2

(1) Les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux.

[. . .]

Article 4

B. — En conséquence, le dépôt ultérieurement opéré dans l'un des autres pays de l'Union, avant l'expiration de ces délais, ne pourra être invalidé par des faits accomplis dans l'intervalle, soit, notamment, par un autre dépôt, par la publication de l'invention ou son exploitation, par la mise en vente d'exemplaires du dessin ou du modèle, par l'emploi de la marque, et ces faits ne pourront faire naître aucun droit de tiers ni aucune possession personnelle. Les droits acquis par des tiers avant le jour de la première demande qui sert de base au droit de priorité sont réservés par l'effet de la législation intérieure de chaque pays de l'Union.

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, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]

Article 1701: . . .

2. To provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights, each Party shall, at a minimum, give effect to this Chapter and to the substantive provisions of:

. . .

(c) the *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 1967 (Paris Convention);

. . .

Article 1702: . . .

A Party may implement in its domestic law more extensive protection of intellectual property rights than is required under this Agreement, provided that such protection is not inconsistent with this Agreement.

This agreement has been implemented by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44 (NAFTA). Section 3 of this Act provides:

3. For greater certainty, this Act, any provision of an Act of Parliament enacted by Part II and any other federal law that implements a provision of the Agreement or fulfils an obligation of the Government of Canada under the Agreement shall be interpreted in a manner consistent with the Agreement.

It will be noted that it is a federal law which “implements” or “fulfils an obligation of the Government of Canada” which shall be interpreted consistently with NAFTA. This falls far short of making NAFTA part of domestic law. It also leaves open the question as to which laws can be said to implement or fulfil a NAFTA obligation. Nowhere in the Regulations nor in the Regulatory Import Analysis Statements issued in 1993 or 1998 is such an intention stated. While section 19.3 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 191] of the *Patent Act*, specifically authorizes the Governor in Council to make regulations to implement Article 1720 of NAFTA, that Article is not invoked by the appellants here and appears to involve only transitional provisions. This also suggests that the Governor in Council was not given a general mandate to implement NAFTA by regulations (*expressio unius est exclusio alterius*) and it further puts in doubt

Article 1701: [. . .]

2. Pour assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle ainsi que le respect de ces droits, chacune des Parties devra, à tout le moins, donner effet au présent chapitre et aux dispositions de fond des instruments suivants:

[. . .]

c) la *Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle* (Convention de Paris);

[. . .]

Article 1702: [. . .]

Une Partie pourra mettre en œuvre dans sa législation intérieure une protection plus large des droits de propriété intellectuelle que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne soit pas incompatible avec les dispositions de l'accord.

Cet accord a été mis en œuvre par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 (l'ALÉNA). L'article 3 de cette Loi prévoit:

3. Il est entendu que la présente loi, les dispositions d'une loi fédérale édictées par la partie II et tout autre texte législatif fédéral qui met en œuvre une disposition de l'Accord ou vise à permettre au gouvernement du Canada d'exécuter une obligation contractée par lui aux termes de l'Accord s'interprètent d'une manière compatible avec celui-ci.

On notera que ce qui doit être interprété d'une manière compatible avec l'ALÉNA est une loi fédérale qui «met en œuvre» ou qui «perme[t] au gouvernement du Canada d'exécuter une obligation contractée par lui». Cela est loin de faire de l'ALÉNA une composante du droit interne. Cela laisse également en suspens la question de savoir quelles lois peuvent être considérées comme mettant en œuvre ou exécutant une obligation de l'ALÉNA. Nulle part dans le Règlement ou dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, publié en 1993 et en 1998, une telle intention n'est exprimée. L'article 19.3 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 191] de la *Loi sur les brevets* autorise expressément le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour la mise en œuvre de l'article 1720 de l'ALÉNA, mais les appelantes ne l'ont pas invoqué en l'espèce et cet article ne semble viser que des dispositions de transition. Cela

the appellants' assumption that subsection 4(4) of the Regulations must be interpreted as legislation for implementing NAFTA generally or some other convention.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1967 U.N.T.S. 3] (TRIPS Agreement)

Article 2

Intellectual Property Conventions

1. In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967).

...

Article 3

National Treatment

1. Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.

...

Article 4

Most-Favoured-Nation Treatment

With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.

[20] First, I am of the view that there is no need to resort to these instruments in this case. I base this conclusion on the long-established jurisprudence that while Parliament is presumed not to intend to legislate contrary to international treaties or general principles of

semble aussi indiquer qu'on n'a pas donné au gouverneur en conseil le mandat général de mettre en œuvre l'ALÉNA par la prise de règlements (*expressio unius est exclusio alterius*). Enfin, cela jette le doute sur la prétention des appelantes selon laquelle le paragraphe 4(4) du Règlement doit être interprété comme une loi visant, de façon générale, à mettre en œuvre l'ALÉNA ou toute autre convention.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 N.U.R.T. 3] (Accord sur les ADPIC)

Article 2

Conventions relatives à la propriété intellectuelle

1. Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967).

[...]

Article 3

Traitement national

1. Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés.

[...]

Article 4

Traitement de la nation la plus favorisée

En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres.

[20] Premièrement, je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de recourir à ces instruments. Ma conclusion est étayée par la jurisprudence bien établie selon laquelle on doit présumer que le Parlement n'a pas l'intention de légiférer à l'encontre des traités

international law, this is only a presumption: where the legislation is clear one need not and should not look to international law. (See, e.g. *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, at page 541; *Schreiber v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 513 (S.C.C.), at paragraph 50). The appellants nevertheless say this principle has been modified by the Supreme Court in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. They take that case to mean that “international treaties are always a proper aid to be used to interpret domestic legislation”. But in that case Gonthier J. put it thus, at pages 1371-1372 [citing *Principles of International Law*, 3rd ed.]:

If the convention may be used on the correct principle that the statute is intended to implement the convention then, it follows, the latter becomes a proper aid to interpretation, and, more especially, may reveal a latent ambiguity in the text of the statute even if this was ‘clear in itself’.

(See also *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 51.) In that case the Court was interpreting the *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c. 25 which, it was agreed by the parties, was specifically intended to implement the *General Agreement on Tariffs and Trade* [October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31] (GATT). Therefore resort was had to the GATT in interpreting the powers given to the Tribunal under the Act.

[21] That is not the situation in the present case. It has not been demonstrated to me that the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* were adopted for the purpose of implementing any of the international instruments on which the appellants rely as set out above.

[22] If I should be in error in this respect, however, I am also of the view that none of the instruments relied on, even if applied directly to override the clear language of the Regulations, would dictate the result insisted upon by the appellants.

internationaux ou des principes du droit international, mais cela n’est qu’une présomption: lorsque la législation est claire, on n’a pas besoin, et on ne devrait pas, regarder le droit international. (Voir, par exemple, l’arrêt *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517, à la page 541; et l’arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)* (2002), 2116 D.L.R. (4th) 513 (C.S.C.), au paragraphe 50). Les appelantes prétendent cependant que la Cour suprême a modifié ce principe dans l’arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Selon elles, cet arrêt indique que [TRADUCTION] «les traités internationaux constituent toujours une aide légitime pour l’interprétation de la loi interne». Pourtant, dans cet arrêt, le juge Gonthier a fait le commentaire suivant, aux pages 1371 et 1372 [citant *Principles of International Law*, 3^e ed.]:

[TRADUCTION] S’il est permis d’avoir recours à la convention conformément au principe correct suivant lequel la loi est destinée à assurer l’application de cette convention, alors il s’ensuit que celle-ci devient une aide légitime et, plus particulièrement, qu’elle peut faire ressortir une ambiguïté latente dans le texte de la loi, même si cette dernière est «claire en soi».

(Voir aussi l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 51.) Dans cet arrêt, la Cour a interprété la *Loi sur les mesures spéciales d’importation*, S.C. 1984, ch. 25, qui, les parties en ont convenu, avait précisément pour but de mettre en œuvre l’*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* [le 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31] (le GATT). La Cour s’est donc servie du GATT pour interpréter les pouvoirs que la Loi conférait au tribunal.

[21] La situation est différente en l’espèce. Comme indiqué précédemment, on ne m’a pas démontré que le *Règlements sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* a été pris dans le but de mettre en œuvre l’un ou l’autre des instruments internationaux sur lesquels se fondent les appelantes.

[22] Si je devais me tromper, je suis cependant également d’avis que les instruments invoqués, même si utilisés directement pour contourner le libellé clair du Règlement, ne sauraient dicter le résultat préconisé par les appelantes.

[23] Some of these instruments require “national treatment”, that is treatment as favourable for nationals of other parties to the conventions as is accorded to a member’s nationals by that member. This is the essence of paragraph 1 of Article 2 of the Paris Convention and paragraph 1 of Article 3 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS). Subsection 4(4) of the Regulations as the Applications Judge has interpreted it in no way conflicts with this obligation. The requirement which it imposes on an originator, to file a patent application in Canada before making a submission for an NOC, is in no way tied to nationality. It applies equally to Canadian originators as to originators from any of the countries who are members of the Paris Convention or TRIPS. Indeed the appellants who complain herein are all Canadian companies. Similarly the most-favoured-nation treatment required by Canada under Article 4 of TRIPS is in no way denied by subsection 4(4) of the Regulations, for the same reason. Its provisions apply to all “first persons” who want to make submissions for an NOC in Canada, regardless of nationality.

[24] The other important international obligation invoked by the appellants is found in Article 4B of the Paris Convention. This is based on the right of priority established by Article 4A. A person filing an application for a patent in any member country enjoys a right of priority for its patent, based on the date of original filing, in respect of any subsequent filing (within prescribed time limits) in another member state. Article 4B (quoted in full *supra*) goes on to provide in part:

Article 4

...

B. — Consequently, any subsequent filing in any of the other countries of the Union . . . shall not be invalidated by reason of any acts accomplished in the interval, in particular, another filing, the publication or exploitation of the invention, the putting on sale of copies of the design, or the use of the mark, and such acts cannot give rise to any third-party right

By Article 1701(2) of NAFTA, Canada is obliged to give effect to this Convention and is bound to comply

[23] Certains de ces instruments exigent un «traitement national», lequel doit être aussi favorable à l’égard des ressortissants des autres parties aux conventions qu’à l’égard des ressortissants de ce membre. Il s’agit là de l’essence de l’alinéa (1) de l’article 2 de la Convention de Paris et du paragraphe 1 de l’article 3 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l’ADPIC). L’interprétation que le juge a donnée au paragraphe 4(4) du Règlement n’entre en aucune façon en conflit avec cette obligation. L’exigence imposée au créateur de déposer une demande de brevet au Canada avant de demander un AC n’est en aucune façon liée à la nationalité. Cette exigence s’applique de la même façon aux créateurs canadiens et aux créateurs étrangers de tout pays membre de la Convention de Paris ou de l’ADPIC. En fait, les appelantes qui se plaignent en l’espèce sont toutes des sociétés canadiennes. De même, le paragraphe 4(4) du Règlement ne fait, pour la même raison, aucunement obstacle au traitement de la nation la plus favorisée prévu à l’article 4 de l’ADPIC. Les dispositions du paragraphe 4(4) du Règlement s’appliquent à toutes les «premières personnes» qui veulent présenter une demande d’AC au Canada, indépendamment de leur nationalité.

[24] L’autre obligation internationale importante invoquée par les appelantes est prévue à l’article 4B de la Convention de Paris et se fonde sur le droit de priorité établi à l’article 4A. La personne qui dépose une demande de brevet dans un pays membre jouit d’un droit de priorité pour son brevet, priorité fondée sur la date du dépôt original relativement à tout dépôt ultérieur (dans les délais prescrits) dans un autre État membre. L’article 4B, cité intégralement plus haut, ajoute ce qui suit:

Article 4

[. . .]

B. — En conséquence, le dépôt ultérieurement opéré dans l’un des autres pays de l’Union [. . .] ne pourra être invalidé par des faits accomplis dans l’intervalle, soit, notamment, par un autre dépôt, par la publication de l’invention ou son exploitation, par la mise en vente d’exemplaires du dessin ou du modèle, par l’emploi de la marque, et ces faits ne pourront faire naître aucun droit de tiers ni aucune possession personnelle.

Selon le paragraphe 1701(2) de l’ALÉNA, le Canada est obligé de donner effet à cette convention et doit, en vertu

with these articles by paragraph 1 of Article 2 of TRIPS.

[25] Now subsection 4(4) of the Regulations as interpreted by the Applications Judge in no way “invalidates” a patent first filed in another member of the Union where that patent is invoked for purposes of priority in a filing for a Canadian patent. That priority is specifically protected by section 28.1 of the *Patent Act*. Nor do the Regulations give rise to any third-party patent rights that could detract from the priority based on a foreign filing. The owner of a foreign patent can prosecute his Canadian patent application with his priority recognized, as long as he does it within one year. He has access to our courts to withstand challenges to his application, to object to other conflicting applications, and to seek redress for infringement of his patent once it is issued in Canada.

[26] Instead, the Regulations provide an extra administrative process tied to the protection of public health, designed, on the one hand, to assist the development and preparation for marketing of generic drugs at a time prior to issue of an NOC when their sale would still be an infringement of a current patent. At the same time it gives patentees extra protection: by merely applying for prohibition they can normally prevent the issue of an NOC to a generic for 24 months. This system is, not surprisingly, confined to the protection of patents which have, or will have, force in Canada. The universe of special remedies is confined to existing or potential Canadian patents. But this in no way detracts from the priority to which Convention member patents are entitled in Canada in respect of the prosecution of Canadian patent applications. All that is required to achieve recognition in the Canadian regulatory system under consideration is to file a Canadian patent application prior to filing a submission for a notice of compliance. The appellants were at liberty to file such patent applications in Canada prior to filing their submissions but they did not do so.

[27] In spite of what the appellants seem to imply, the Paris Convention does not, as I understand it, confer

du paragraphe 1 de l'article 2 de l'ADPIC, se conformer à ses articles.

[25] Ainsi, l'interprétation que le juge a donnée au paragraphe 4(4) du Règlement n'«invalide» aucunement un brevet déposé préalablement chez un autre membre de l'Union lorsque ce brevet est invoqué à des fins de priorité de dépôt pour un brevet canadien. L'article 28.1 de la *Loi sur les brevets* protège expressément cette priorité. De même, le Règlement ne fait naître aucun droit de tiers qui soit susceptible de diminuer la priorité fondée sur un dépôt à l'étranger. Le propriétaire d'un brevet à l'étranger peut poursuivre sa demande de brevet au Canada et sa priorité sera reconnue, du moment que le dépôt est fait dans le délai d'un an. Il a accès à nos tribunaux pour se défendre si sa demande est contestée, s'opposer à toute autre demande incompatible et chercher à obtenir un redressement pour toute violation de son brevet après sa délivrance au Canada.

[26] Le Règlement prévoit au contraire un processus administratif supplémentaire lié à la protection de la santé publique et créé, d'une part, pour faciliter la mise au point et la préparation de drogues génériques à une période précédant la délivrance d'un AC où leur vente constituerait encore une violation d'un brevet en vigueur et, d'autre part, pour conférer aux brevetés une protection additionnelle: en faisant une simple demande d'interdiction, les brevetés peuvent habituellement empêcher la délivrance d'un AC à l'égard d'un produit générique pour une durée de 24 mois. Il n'est pas étonnant que ce système soit limité à la protection des brevets qui sont, ou seront, en vigueur au Canada. L'univers des recours spéciaux est limité aux brevets canadiens existants ou éventuels. Cela ne diminue cependant en aucune façon la priorité à laquelle les brevets des membres de la Convention ont droit au Canada à l'égard de la poursuite des demandes de brevets canadiens. Pour que le système réglementaire canadien reconnaisse cette priorité, il suffit de déposer une demande de brevet canadien avant de faire une demande d'AC. Les appelantes avaient la possibilité de déposer de telles demandes de brevet au Canada avant de déposer leurs demandes d'AC, mais elles ne l'ont pas fait.

[27] Malgré les insinuations des appelantes, la Convention de Paris ne permet pas, à mon sens,

immediate enforceability in Canada of a patent applied for or obtained in another member country. While it gives certain priorities to its holder in prosecuting a Canadian patent application, that holder or its affiliate must still apply in Canada for a patent before being able to enforce it here. The Regulations are in no way inconsistent with this principle. Article 1702 of NAFTA provides that a party may provide more extensive protection of patents than already required (by e.g. the Paris Convention), and such protection “must not be inconsistent with this Agreement” (*inter alia* inconsistent with the Paris Convention incorporated by subparagraph (c) of Article 1701(2)). While arguably the Regulations represent “more extensive protection”, there is nothing inconsistent with the Paris Convention in requiring the holder of a Convention patent to apply for the same patent in Canada before being able to enjoy the extra enforcement rights under the Regulations just as he has to do to exercise enforcement rights under the *Patent Act* generally.

[28] Therefore even if resort should be had to the international conventions to interpret subsection 4(4), that provision is correctly understood to require the filing of a Canadian patent application prior to delivery by a first person of a submission for a notice of compliance.

Conclusion

[29] I am therefore satisfied that the Applications Judge correctly interpreted subsection 4(4) of the Regulations. The appeals should all be dismissed with one set of costs to the respondent. The appeals having been dismissed as sought by the intervener there is no need to deal with its request for grant of status to seek leave to appeal in the Supreme Court.

NADON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A. : I agree.

d’assurer le respect immédiat au Canada d’un brevet demandé ou obtenu dans un autre pays membre. Bien qu’elle confère certaines priorités au détenteur qui présente une demande de brevet canadien, ce détenteur ou sa société affiliée doivent quand même faire une demande de brevet au Canada avant de pouvoir faire respecter leur brevet. Le Règlement n’est aucunement incompatible avec ce principe. L’article 1702 de l’ALÉNA prévoit qu’une partie peut fournir une protection plus large aux brevets que celle qui est déjà prescrite (par exemple celle de la Convention de Paris), cette protection «ne [d]oit pas [être] incompatible avec les dispositions de l’accord» (notamment incompatible avec la Convention de Paris incorporée par l’alinéa c) du paragraphe 1701(2)). Bien qu’il confère une «protection plus large», le Règlement n’est en aucun point incompatible avec la Convention de Paris lorsqu’il exige que le détenteur d’un brevet régi par la Convention fasse une demande au Canada pour le même brevet avant de pouvoir jouir de la protection supplémentaire. C’est d’ailleurs ce que le détenteur doit généralement faire pour faire respecter ses droits en vertu de la *Loi sur les brevets*.

[28] Par conséquent, même si on devait avoir recours aux conventions internationales pour interpréter le paragraphe 4(4), l’interprétation selon laquelle cette disposition exige que le dépôt d’une demande de brevet canadien précède la demande d’AC présentée par la première personne est correcte.

Conclusion

[29] Je suis donc convaincu que le juge a correctement interprété le paragraphe 4(4) du Règlement. Tous les appels devraient être rejetés et les dépens adjugés à l’intimé mais pour un seul mémoire de frais. Comme l’intervenante souhaitait que les appels soient rejetés, il n’est pas nécessaire d’examiner sa requête pour obtenir l’autorisation de se pouvoir devant la Cour suprême.

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

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

A-40-02
2003 FCA 136

A-40-02
2003 CAF 136

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Vasiliki Tsiaprailis (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA v. TSIAPRAILIS (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Evans and Pelletier JJ.A.—
Toronto, November 28, 2002; Ottawa, March 17, 2003.

Income Tax — Income Calculation — Income from office or employment — Disability insurance plan — Crown appeal from T.C.C. decision lump sum paid taxpayer by insurer in settlement of action under disability insurance policy not taxable under Act, s. 6 (1)(f) — Taxpayer's argument: settlement not payable on periodic basis as required by s. 6 (1)(f) — Appeal allowed — T.C.C. decision in Dumas holding such payment taxable under s. 6(1)(a) though not caught by 6(1)(f), preferred to T.C.C. decisions holding in taxpayer's favour — Taxpayer had two types of claim against insurer: (1) past monthly payments not made; (2) claim to future benefits — Two types to be treated differently for tax purposes — Reliance upon family law case for proposition character of periodic payments not altered if not made on time — Irrelevant that collection activity undertaken to enforce payment — Allocation of global settlement matter of evidence, not legal principle — Taxpayer unable to say recovery not flowing from insurer's policy obligations — Outcome not dictated by contents of release executed by parties — Courts look at nature of transaction — Arrears portion of settlement taxable, unnecessary to consider tax treatment of portion of settlement for future entitlement.

This was an appeal by the Crown from a decision of Bowman A.C.J. of the Tax Court of Canada holding that no part of the proceeds of the settlement of a claim under a disability insurance policy should be included in taxable income in the year the settlement was paid to respondent.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

Vasiliki Tsiaprailis (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. TSIAPRAILIS (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, Evans et Pelletier, J.C.A.—
Toronto, 28 novembre 2002; Ottawa, 17 mars 2003.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu tiré d'une charge ou d'un emploi — Régime d'assurance invalidité — Appel de la Couronne à l'encontre d'une décision de la C.C.I. selon laquelle la somme forfaitaire payée à la contribuable par l'assureur en règlement de l'action engagée en vertu de la police d'assurance invalidité n'était pas imposable selon l'art. 6(1)(f) de la Loi — Argument de la contribuable: la somme reçue n'était pas payable périodiquement, un élément essentiel de l'art. 6(1)(f) — Appel accueilli — La décision rendue par la C.C.I. dans l'affaire Dumas, selon laquelle un tel paiement est imposable en vertu de l'art. 6(1)(a) même s'il n'entre pas dans l'art. 6(1)(f), a été préférée aux décisions de la C.C.I. qui avaient été favorables au contribuable — La contribuable avait deux genres de réclamations contre l'assureur: 1) prestations mensuelles passées non versées; 2) droit à des prestations futures — Les deux genres de réclamations sont traités différemment sur le plan fiscal — Mise à contribution de la jurisprudence en matière familiale à l'appui de la proposition selon laquelle un paiement ne cesse pas d'être périodique du seul fait qu'il n'est pas effectué à temps — Il n'importe pas que des mesures de recouvrement doivent être appliquées pour forcer le paiement — La répartition des éléments d'un compromis dépend de la preuve et non d'un principe juridique — Il était impossible à la contribuable d'affirmer que la somme recouvrée ne résultait pas des obligations de l'assureur aux termes de la police — Le résultat n'est pas dicté par le contenu de la décharge signée par les parties — Les tribunaux considèrent la nature de l'opération — La portion «arriérés» du règlement était imposable, et il n'était pas nécessaire de statuer sur le traitement fiscal des sommes payées à l'égard des droits futurs.

Il s'agissait d'un appel interjeté par la Couronne à l'encontre de la décision du juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, selon laquelle aucune portion de la somme reçue en règlement d'une réclamation au titre d'une police d'assurance invalidité ne devait être incluse dans le revenu imposable de l'année où la somme avait été versée à l'intimée.

Respondent had been employed by a private Ontario corporation as a press machine operator and, under a collective agreement, was entitled to long-term disability benefits under a policy of insurance. On November 10, 1984 she suffered physical and emotional injuries in an automobile accident resulting in permanent disability. But after paying benefits for nine years, the insurer cut her off, alleging respondent was no longer totally disabled. She sued the insurance company and settled out of court for a lump sum payment of \$105,000. Respondent was assessed for income tax on the entire amount of the settlement, the Minister taking the position it was caught by *Income Tax Act*, paragraph 6(1)(f). Respondent's argument was that the settlement was not payable on a periodic basis, an essential element of paragraph 6(1)(f). The Judge below agreed, holding that "The lump sum payment arrived at after a law suit was commenced and negotiated as a compromise cannot on any basis of statutory interpretation be described as an 'amount . . . payable on a periodic basis'". The Judge reasoned that a section of general application such as paragraph 6(1)(a) could not be relied upon to sweep into income an amount which did not fit within a provision aimed at amounts of that type, such as paragraph 6(1)(f).

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

Per Pelletier J.A. (Strayer J.A. concurring): The Tax Court of Canada has, in a number of cases, held that settlements of claims against disability insurers are not to be included in income as not payable on a periodic basis and accordingly fell outside paragraph 6(1)(f). But in *Dumas*, Mogan T.C.J. held that an amount paid to settle a disability insurance claim was to be included in income under paragraph 6(1)(a) although not caught by 6(1)(f), not being payable on a periodic basis.

Under the policy, respondent was entitled to a monthly benefit until age 65 while remaining totally disabled. When the insurer ceased payments respondent had two types of claim against it: (1) past monthly payments not made, and (2) a claim to future benefits. These gave rise to different remedies. As to future benefits, she would not have been entitled to a money judgment since an insured's eligibility arises each time a payment falls due. All a court could have done was to grant a declaration that, as at the date of judgment, the policy was

L'intimée avait travaillé pour une société privée de l'Ontario comme opératrice d'équipement d'imprimerie et, selon une convention collective, elle avait droit à des prestations d'invalidité de longue durée au titre d'une police d'assurance. Le 10 novembre 1984, à la suite d'un accident de voiture, l'appelante a subi des lésions corporelles, y compris un préjudice psychologique, entraînant pour elle une incapacité permanente. Mais, après lui avoir versé des prestations pendant neuf ans, l'assureur a cessé les versements en question, affirmant que l'intimée n'était plus totalement invalide. L'intimée a poursuivi la compagnie d'assurances et a négocié avec elle un compromis prévoyant le versement d'une somme forfaitaire de 105 000 \$. L'intimée a été imposée sur la somme intégrale du compromis, le ministre exprimant l'avis que cette somme devait être incluse dans son revenu en application de l'alinéa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'argument de l'intimée était que la somme reçue n'était pas payable périodiquement, un élément essentiel de l'alinéa 6(1)f). Le juge de la Cour de l'impôt s'est rangé à son argument, estimant que «le paiement forfaitaire déterminé après une action en justice qui a ensuite fait l'objet d'un règlement amiable ne peut selon les principes d'interprétation législative être assimilé à des "sommes qu'il a reçues [. . .] à titre d'indemnité payable périodiquement"». Le juge de la Cour de l'impôt a expliqué qu'une disposition d'application générale telle que l'alinéa 6(1)a) ne pouvait servir à faire entrer dans le revenu d'un contribuable une somme qui ne cadrait pas avec une disposition destinée aux sommes de ce genre, par exemple l'alinéa 6(1)f).

Arrêt (dissidence du juge Evans): l'appel doit être accueilli.

Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Strayer, J.C.A., a souscrit à ses motifs): La Cour canadienne de l'impôt a jugé, dans plusieurs affaires, que les sommes reçues à la suite de compromis portant sur des réclamations d'assurance invalidité ne doivent pas être incluses dans le revenu parce qu'il ne s'agit pas d'un paiement périodique et qu'elles échappent donc à l'alinéa 6(1)f). Mais, dans l'affaire *Dumas*, le juge Mogan, de la C.C.I., avait estimé qu'une somme payée en règlement d'une réclamation d'assurance invalidité devait être incluse dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)a), même si elle n'entrait pas dans les paramètres de l'alinéa 6(1)f), en ce sens qu'elle n'était pas payable périodiquement.

Selon la police, l'intimée avait droit à une prestation mensuelle jusqu'à l'âge de 65 ans tant qu'elle demeurerait totalement invalide. Lorsque l'assureur a cessé de verser les prestations, l'intimée avait deux genres de réclamations contre lui: 1) le non-versement de prestations mensuelles passées, et 2) le droit de l'intimée de recevoir des prestations dans l'avenir. Ces deux genres de réclamations donnaient lieu à des recours différents. S'agissant des prestations futures, l'intimée n'aurait pas eu droit à un jugement d'exécution de paiement

valid and insured was totally disabled. Insurer would have an obligation to keep paying only so long as insured's condition of disability persists and other policy conditions were met. The right and corresponding obligation have a monetary value and it is open to an insured to surrender her rights in return for a payment.

Respondent received a single amount in satisfaction of both types of rights. But the two types of claim could be treated differently for tax purposes. Indeed, the agreed statement of facts reveals how the parties allocated the settlement amount between arrears and future payments. In *R. v. Sills*, a case involving lump sum amounts paid in satisfaction of arrears of maintenance payments, this Court held the amounts were taxable so long as the agreement provided for periodic payments. The payments did not change in character just because they were not made on time. Returning to the case at bar, paragraph 6(1)(f) makes reference to amounts "payable" on a periodic basis, not "paid" on such basis. The obligation to pay remains a periodic one. That collection activity has to be undertaken to compel payment does not change the nature of the payment in payee's hands.

The position taken by a majority of the Tax Court of Canada Judges, that a settlement of a disability insurance claim for a global amount is not taxable under Act, paragraph 6(1)(f) because (1) the payment itself was not made on a periodic basis, and (2) being a global settlement, it is not referable to an obligation to make periodic payments, could not be agreed with. The first point was answered by this Court's decision in *Sills*; the second by the judgment in *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.). In that case, this Court dismissed an appeal against a reassessment whereby the Minister allocated a global settlement between income and capital accounts. That decision demonstrates that it is possible to disentangle the elements of a settlement where there is a sufficient evidentiary basis upon which to do so. The question of allocation is one of evidence, not legal principle. It is not open to respondent to bring action under the policy, recover an amount from insurer and then argue that the payment did not flow from insurer's policy obligations. Another approach to the disputed liability question is to enquire as to whether any release executed by the parties dictates the outcome. But a court would not consider itself bound by the characterization of a damages payment in release documentation. Courts will look at the nature of the transaction rather than at the terms of the release.

parce que la question de l'admissibilité de l'assuré se pose chaque fois qu'un paiement devient exigible. Tout ce qu'un tribunal aurait pu faire était d'accorder un jugement déclaratoire affirmant que, à la date du jugement, la police était valide et l'assurée en état d'invalidité totale. L'assureur ne demeurerait tenu de payer qu'aussi longtemps que persisterait l'invalidité de l'assurée et que les conditions de la police seraient remplies. Le droit et l'obligation correspondante ont une valeur monétaire, et un assuré peut décider d'abandonner son droit en échange d'un paiement.

L'intimée a reçu une somme unique en règlement des deux genres de droits. Mais les deux genres de réclamations pouvaient être traités différemment sur le plan fiscal. D'ailleurs, l'exposé conjoint des faits révèle comment les parties avaient réparti la somme négociée entre les arriérés et les droits futurs. Dans l'affaire *R. c. Sills*, une affaire qui concernait le versement de sommes forfaitaires en règlement d'arriérés de pension alimentaire, la Cour avait jugé que les sommes reçues étaient imposables dans la mesure où l'accord prévoyait des paiements périodiques. Les paiements ne changeaient pas de nature pour la seule raison qu'ils n'étaient pas effectués à temps. En ce qui concerne la présente affaire, l'alinéa 6(1)f) parle de sommes qui sont «payables» périodiquement, et non pas «payées» périodiquement. L'obligation de payer reste une obligation périodique. Le fait que des mesures de recouvrement doivent être appliquées pour forcer le paiement ne change pas la nature de ce paiement entre les mains du bénéficiaire.

La position adoptée par les juges majoritaires de la Cour canadienne de l'impôt, selon laquelle un compromis portant sur l'ensemble des réclamations qui découlent d'une police d'assurance invalidité n'entraîne pas un assujettissement à l'impôt aux termes de l'alinéa 6(1)f), parce que 1) la somme elle-même n'est pas payable périodiquement, et 2) le compromis étant global, il ne peut être question d'une obligation d'effectuer des paiements périodiques, ne pouvait être retenue. Le premier point était réglé par l'arrêt *Sills*, de la Cour d'appel fédérale; le deuxième par un autre arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.). Dans l'affaire *Mohawk Oil*, la Cour avait rejeté un appel formé contre une nouvelle cotisation par laquelle le ministre avait réparti un compromis global entre compte de revenu et compte de capital. Cette décision montre qu'il n'est pas interdit de séparer les éléments d'un compromis si cette manière de faire est autorisée par la preuve. La question de la répartition des éléments d'un compromis dépend de la preuve et non d'un principe juridique. L'intimée ne pouvait introduire une action aux termes de la police, recouvrer dans cette action une somme de l'assureur, puis soutenir que la somme ainsi payée ne résultait pas des obligations de l'assureur selon la police. Une autre manière de voir la question de l'obligation contestée consiste à vérifier si la

It had to be concluded that the payment to respondent included an amount covering arrears and that portion was taxable as it was in respect of amounts “payable on a periodic basis”. The assessment being based on paragraphs 6(1)(a) and 6(1)(f), it was unnecessary to decide as to the tax treatment of the portion of the settlement paid with respect to future entitlement.

Per Evans J.A. (dissenting): The conclusion of Bowman A.C.J., that the lump sum was not caught by paragraph 6(1)(f), is consistent with the most obvious reading of the paragraph. A single payment made under a settlement by which the parties agree that insurer does not admit liability and that the money will be paid in a lump sum does not readily fit the words “payable . . . on a periodic basis . . . pursuant to . . . a disability insurance plan”. As said by the Tax Court Judge, the Court was disinclined “to dream up imaginative ways of taxing disabled people” in order to hold in favour of the Crown.

The *Sills* case, relied upon by the majority herein, could be distinguished as it fails to help the Court decide if the lump sum payment in the instant case was made “pursuant to” the insurance contract or under the settlement of the disputed claim. The cases holding that the fact that money is paid under a settlement does not change the essential nature of the payment do not go as far as the Crown suggests the Court ought to go in this case. Until now, courts have only characterized the nature of the sum received by reference to its underlying source to determine its general nature. Parliament having, in paragraph 6(1)(f), precisely defined the circumstances whereunder a sum is taxable, it is not open to the Court to characterize a lump sum paid in settlement of a disputed claim as falling within the statutory description merely because the claim that the parties settled involved an allegation by insured that insurer had breached a policy obligation to make periodic payments.

Recent Supreme Court decisions favour an approach to tax imposition that gives effect to the legal nature of taxpayer’s transactions—so long as they are not shams—rather than emphasizing the underlying economic or business realities. Here, it was expressly agreed that insurer did not admit

quittance libératoire signée par les parties dicte la conclusion à tirer. Mais un tribunal ne se considérerait pas lié par des documents de décharge de responsabilité indiquant que le paiement représentait des dommages-intérêts. Les tribunaux considéreront la nature de l’opération plutôt que les conditions de la décharge.

Il fallait en conclure que le paiement reçu par l’intimée englobait une somme représentant les arriérés accumulés et que cette portion était imposable parce qu’elle se rapportait à des sommes «payables périodiquement». La cotisation étant fondée sur les alinéas 6(1)(a) et 6(1)(f), il n’était pas nécessaire de statuer sur le traitement fiscal des sommes payées en exécution des droits futurs.

Le juge Evans, J.C.A. (dissident): La conclusion du juge en chef adjoint Bowman selon laquelle la somme forfaitaire échappait à l’alinéa 6(1)(f) s’accorde avec le texte on ne peut plus évident de l’alinéa. Un paiement unique effectué en vertu d’un compromis dans lequel les parties s’entendent pour dire que l’assureur n’admet pas sa responsabilité et que la somme convenue sera versée comme somme forfaitaire n’est guère compatible avec les mots «payable périodiquement en vertu d’un régime d’assurance invalidité». Ainsi que le disait le juge de la Cour de l’impôt, il faudrait que la Cour de l’impôt imagine «des façons d’imposer des personnes invalides» pour pouvoir statuer en faveur de la Couronne, un exercice qu’il a refusé d’entreprendre.

L’arrêt *Sills*, sur lequel se sont appuyés ici les juges de la majorité, pouvait être écarté car il ne permet pas à la Cour de dire si la somme forfaitaire dans le cas présent a été payée «en vertu» du contrat d’assurance invalidité ou en vertu du contrat qui mettait fin à la contestation. Les précédents où il a été jugé que le versement d’une somme par suite d’un compromis ne change en rien la nature essentielle du paiement effectué ne mènent pas la Cour, dans le cas présent, aussi loin que le voudrait la Couronne. À ce jour, les tribunaux n’ont qualifié la nature de la somme reçue en se référant à sa source fondamentale que pour déterminer sa nature générale. Le législateur ayant, dans l’alinéa 6(1)(f), défini précisément les circonstances dans lesquelles une somme est imposable, il n’était pas loisible à la Cour de dire qu’une somme forfaitaire payée en règlement d’une contestation entrerait dans cette description simplement parce que la réclamation que les parties avaient réglée comportait une affirmation de l’assurée selon laquelle l’assureur avait manqué à son obligation, aux termes de la police, de faire des paiements périodiques.

De récents arrêts de la Cour suprême du Canada favorisent, en matière de fiscalité, une démarche qui donne effet à la nature juridique des opérations conclues par le contribuable—pour autant qu’il ne s’agisse pas de fausses apparences—plutôt qu’une démarche qui met l’accent sur les

liability under the contract of insurance. It is therefore difficult to conclude that, as a matter of law, that the payment was made under the insurance contract. The lump sum was paid pursuant to the settlement, not to the policy.

One consequence of the majority decision herein will be to reduce settlement in centimes and make it even more difficult than it already is to settle disability insurance claims legislation ought not be interpreted such as to deter the settlement of litigation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 6(1)(a), (f), 110.2 (as enacted by S.C. 2000, c. 19, s. 17), 120.31 (as enacted *idem*, s. 30).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 6(1)(a), 56(1)(n).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Savage, [1983] 2 S.C.R. 428, [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; (1996), 133 D.L.R. (4th) 289, 17 C.C.E.L. (2d) 141; 10 C.C.P.B. 213; [1996] 1 C.T.C. 303; 96 DTC 6103; 193 N.R. 241; revg [1994] 2 F.C. 720; [1994] 2 C.T.C. 99; (1994), 2 C.C.P.B. 109; 94 DTC 6249; 167 N.R. 35 (C.A.).

APPLIED:

Johnson Estate v. Canada, [2002] 2 C.T.C. 2725; (2002), 2002 DTC 1535 (T.C.C.); *Dumas v. Canada* (2000), 26 C.C.P.B. 218; [2001] 1 C.T.C. 2490; 2000 DTC 2603 (T.C.C.); *R. v. Sills*, [1985] 2 F.C. 200; [1985] 1 C.T.C. 49; (1984), 85 DTC 5096 (C.A.); *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.).

CONSIDERED:

London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes), [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *R. v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208; [1985] 1 C.T.C. 186; (1985), 85 DTC 5150; 57 N.R. 362 (C.A.); *Peel v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 268 (T.C.C.); *Landry v. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712; (1998), 98 DTC 1416 (T.C.C.); *Whitehouse v. Canada* (1999), 23 C.C.P.B. 91; [2000] 1 C.T.C. 2714, 2000 DTC 1616 (T.C.C.).

réalités économiques ou commerciales fondamentales. Ici, il était expressément convenu que l'assureur n'admettait pas sa responsabilité au titre du contrat d'assurance. Il est donc difficile de conclure que, sur le plan juridique, la somme a été versée en vertu du contrat d'assurance. La somme forfaitaire a été payée conformément au compromis, et non conformément à la police.

L'une des conséquences de la décision majoritaire ici rendue sera d'affaiblir les encouragements à transiger et de rendre encore plus difficile qu'il ne l'est déjà le règlement des réclamations d'assurance invalidité. Les tribunaux devraient s'abstenir d'interpréter les lois d'une manière propre à dissuader les plaideurs de transiger.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 6(1)(a), (f), 110.2 (édicte par L.C. 2000, ch. 19, art. 17), 120.31 (édicte, *idem*, art. 30).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1)(a), 56(1)(n).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Savage, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; (1996), 133 D.L.R. (4th) 289; 17 C.C.E.L. (2d) 141; 10 C.C.P.B. 213; [1996] 1 C.T.C. 303; 96 DTC 6103; 193 N.R. 241; inf. [1994] 2 C.F. 720; [1994] 2 C.T.C. 99; (1994), 2 C.C.P.B. 109; 94 DTC 6249; 167 N.R. 35 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Johnson, succession c. Canada, [2002] 2 C.T.C. 2725; (2002), 2002 DTC 1535 (C.C.I.); *Dumas c. Canada* (2000), 26 C.C.P.B. 218; [2001] 1 C.T.C. 2490; 2000 DTC 2603 (C.C.I.); *R. c. Sills*, [1985] 2 C.F. 200; [1985] 1 C.T.C. 49; (1984), 85 DTC 5096 (C.A.); *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes), [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *R. c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208; [1985] 1 C.T.C. 186; (1985), 85 DTC 5150; 57 N.R. 362 (C.A.); *Peel c. M.R.N.* (1987), 87 DTC 268 (C.C.I.); *Landry c. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712; (1998), 98 DTC 1416 (C.C.I.); *Whitehouse c. Canada* (1999), 23 C.C.P.B. 91; [2000] 1 C.T.C. 2714, 2000 DTC 1616 (C.C.I.).

REFERRED TO:

Andersen v. Great-West Life Assurance Co. (1987), 30 C.C.L.I. 85; 24 C.P.C. (2d) 113; [1988] I.L.R. 1-2317 (Ont. S.C.); *Mercuri v. Imperial Life Assurance Co. of Canada* (1990), 107 N.B.R. (2d) 320; [1990] I.L.R. 1-2660 (Q.B.); *Short v. Canada*, [1999] 4 C.T.C. 2085; (1999), 99 DTC 1146 (T.C.C.); *T. Eaton Co. v. Canada*, [1999] 3 F.C. 123; [1999] 2 C.T.C. 380; (1999), 99 DTC 5178; 239 N.R. 102 (C.A.); *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082; (2001), 204 D.L.R. (4th) 590; [2002] 1 C.T.C. 95; 2001 DTC 5505; 275 N.R. 90; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Milliken v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2783; 2002 DTC 1510 (T.C.C.); *Fry v. Canada* (2001), 28 C.C.P.B. 231; 2001 DTC 846 (T.C.C.).

APPEAL by the Crown from a Tax Court of Canada decision ((2001), 2002 DTC 1563) holding a lump sum payment to taxpayer in settlement of a disability insurance claim was not subject to income tax. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Daniel Bourgeois for appellant.
James H. Cooke for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Miller Canfield, Windsor, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: Vasiliki Tsiaprailis was injured in an accident and became eligible to receive disability benefits under a disability insurance policy provided by her employer. After paying disability benefits for approximately nine years, the insurer ceased making payments, alleging that Ms. Tsiaprailis was no longer totally disabled. She sued and eventually agreed to a settlement in the amount of \$105,000. To her surprise, the Minister of National Revenue included the entire

DÉCISIONS CITÉES:

Andersen v. Great-West Life Assurance Co. (1987), 30 C.C.L.I. 85; 24 C.P.C. (2d) 113; [1988] I.L.R. 1-2317 (C.S. Ont.); *Mercuri c. Impériale, Cie d'Assurance-Vie* (1990), 107 R.N.-B. (2d) 320; [1990] I.L.R. 1-2660 (B.R.); *Short c. Canada*, [1999] 4 C.T.C. 2085; (1999), 99 DTC 1146 (C.C.I.); *Cie T. Eaton c. Canada*, [1999] 3 C.F. 123; [1999] 2 C.T.C. 380; (1999), 99 DTC 5178; 239 N.R. 102 (C.A.); *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082; (2001), 204 D.L.R. (4th) 590; [2002] 1 C.T.C. 95; 2001 DTC 5505; 275 N.R. 90; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Milliken c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2783; 2002 DTC 1510 (C.C.I.); *Fry c. Canada* (2001), 28 C.C.P.B. 231; 2001 DTC 846 (C.C.I.).

APPEL interjeté par la Couronne à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ((2001), 2002 DTC 1563), qui avait jugé qu'une somme forfaitaire payée à une contribuable en règlement d'une réclamation d'assurance invalidité n'était pas assujettie à l'impôt sur le revenu. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Daniel Bourgeois pour l'appelante.
James H. Cooke pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Miller Canfield, Windsor, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Vasiliki Tsiaprailis s'est blessée dans un accident et elle est devenue admissible à des prestations d'invalidité au titre d'une police d'assurance invalidité offerte par son employeur. Après avoir versé des prestations d'invalidité pendant environ neuf ans, l'assureur a cessé les versements, affirmant que M^{me} Tsiaprailis n'était plus totalement invalide. Celle-ci a introduit une procédure, pour consentir finalement à un compromis de 105 000 \$. À sa

amount in her income in the year the settlement was paid to her. She appealed, and in a decision reported at 2002 DTC 1563, Associate Chief Judge Bowman of the Tax Court of Canada held that no part of the settlement was to be included in income. The Crown now appeals that decision.

[2] The matter was heard on an agreed statement of facts, the relevant portions of which are reproduced below:

2. At all material times, the Appellant was employed at Tamco Limited, a private Ontario corporation with its principal place of business located in Windsor, Ontario. She had been performing her duties as a press machine operator since February 15, 1972.

3. Pursuant to a Collective Bargaining Agreement between Tamco Limited and The International, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America and its Local 195 (the 'Union'), the Appellant was entitled to long term disability benefits under Policy G12402 with Dominion Life Assurance Company. Manufacturers Life Insurance Company ('Manulife') subsequently assumed Dominion Life Assurance Company's obligation to the Appellant.

...

5. Under Policy G12402, long term disability benefits are 66 2/3% of monthly earnings, with a maximum of \$1,100, minus Canada Pension Plan benefits. The long term disability benefits are payable monthly, up to the 65th birthday of the employee or until he or she ceases to be totally disabled.

6. On November 10, 1984, the Appellant was involved in an automobile accident in the City of Windsor in which she sustained bodily injuries including emotional injuries associated with her bodily injuries, treatment and convalescence. The Appellant was permanently disabled as a result of the injuries sustained during the accident.

7. From May 11, 1985 to May 10, 1993, the Appellant received the long term disability benefits, minus her Canada Pension Plan benefits. In May of 1993, the Appellant's entitlement to long term disability benefits was \$1,100 a month, which sum was reduced by her CPP benefit of \$353.25, for a total sum paid by Manulife of \$746.75 a month.

surprise, le ministre du Revenu national a inclus l'intégralité de la somme dans son revenu de l'année au cours de laquelle elle lui a été versée. Elle a fait appel et, dans une décision publiée à 2002 DTC 1563, le juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a estimé qu'aucune portion de la somme reçue ne devait être incluse dans le revenu. La Couronne fait maintenant appel de cette décision.

[2] L'affaire a été instruite d'après un exposé conjoint des faits, dont les parties pertinentes sont reproduites ci-après:

[TRADUCTION]

2. À toutes les époques pertinentes, l'appelante travaillait pour Tamco Limited, une société privée de l'Ontario dont le principal établissement était situé à Windsor (Ontario). Elle y exerçait depuis le 15 février 1972 les fonctions d'opératrice d'équipement d'imprimerie.

3. Conformément à une convention collective conclue entre Tamco Limited et le Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique et sa section locale 195 (le Syndicat), l'appelante avait droit à des prestations d'invalidité de longue durée au titre de la police G12402 souscrite auprès de la Compagnie d'assurance-vie Dominion. La Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Manuvie) a pris ultérieurement à sa charge l'obligation de la Compagnie d'assurance-vie Dominion envers l'appelante.

[. . .]

5. Selon la police G12402, les prestations d'invalidité de longue durée représentent 66 2/3 % des gains mensuels, à concurrence de 1 100 \$, moins les prestations du Régime de pensions du Canada. Les prestations d'invalidité de longue durée sont payables chaque mois, jusqu'au 65^e anniversaire de l'employé ou jusqu'à ce qu'il cesse d'être totalement invalide.

6. Le 10 novembre 1984, l'appelante était impliquée dans un accident de voiture dans la ville de Windsor, à la suite duquel elle avait subi des lésions corporelles, y compris un préjudice psychologique associé aux lésions corporelles, au traitement suivi et à la convalescence. L'appelante fut atteinte d'une incapacité permanente par suite des lésions résultant de l'accident.

7. Du 11 mai 1985 au 10 mai 1993, l'appelante a reçu les prestations d'invalidité de longue durée, déduction faite des prestations reçues du Régime de pensions du Canada. En mai 1993, le droit de l'appelante à des prestations d'invalidité de longue durée était de 1 100 \$ par mois, somme dont étaient déduites ses prestations du RPC de 353,25 \$, et la somme totale payée par Manuvie était donc de 746,75 \$ par mois.

8. Manulife terminated the benefits and so advised the Appellant in July of 1993.

9. On March 30, 1994, the Appellant commenced civil proceedings against Manufacturers Life Insurance Company for a declaration that she was entitled to the continuance of Long Term Disability Benefits from and after May 10, 1993 pursuant to the Group Policy G12402 entered into between Tamco Limited and Manulife Agreement. A Statement of Defence was filed by Manulife.

...

11. In October 1996, the Appellant entered into a settlement agreement with Manulife and received a lump sum payment of \$105,000 in lieu of continued benefits pursuant to the terms of settlement. The sum of \$105,000 essentially meant Manulife was paying:

- (a) the Appellant's entitlement to past benefits, plus interest;
- (b) 75% of the present value of the Appellant's entitlement to future benefits under the policy;
- (c) \$6,455 for costs, GST and disbursement.

12. On October 18, 1996, the Appellant signed a Direction and Authorization instructing her solicitors in respect of the sum of \$105,000. The Appellant paid \$18,068.97 in legal fees, plus disbursements and GST.

13. On October 18, 1996, a Full and Final Release was executed by the Appellant.

14. An Order was issued by the Ontario Court (General Division) dismissing the action without costs.

[3] The issue in the litigation is the taxation of the amounts received by Ms. Tsiaprailis from Manufacturer's Life. The Minister assessed Ms. Tsiaprailis' on the basis that the amounts in question were to be included in income pursuant to paragraph 6(1)(f) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] or, in the alternative paragraph 6(1)(a):

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

- (a) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received or enjoyed by the taxpayer in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment . . .

8. Manuvie a mis fin aux prestations et en a informé l'appelante en juillet 1993.

9. Le 30 mars 1994, l'appelante engageait une action civile contre la Compagnie d'assurance-vie Manufacturers, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire selon lequel elle avait droit au maintien de ses prestations d'invalidité de longue durée après le 10 mai 1993, conformément à la police collective G12402 conclue entre Tamco Limited et Manuvie. Une défense fut déposée par Manuvie.

[...]

11. En octobre 1996, l'appelante signait un compromis avec Manuvie et recevait, en application de ce compromis, une somme forfaitaire de 105 000 \$ en remplacement du maintien des prestations. La somme de 105 000 \$ que paierait Manuvie représentait essentiellement:

- a) le droit de l'appelante aux prestations passées, plus les intérêts;
- b) 75 % de la valeur actuelle du droit de l'appelante aux prestations futures selon la police;
- c) 6 455 \$ au titre des dépenses, de la TPS et des débours.

12. Le 18 octobre 1996, l'appelante signait des instructions autorisant ses avocats à accepter la somme de 105 000 \$. L'appelante a payé 18 068,97 \$ en honoraires, plus les débours et la TPS.

13. Le 18 octobre 1996, une décharge totale et définitive était signée par l'appelante.

14. Une ordonnance a été rendue par la Cour de l'Ontario (Division générale), qui rejetait l'action, sans dépens.

[3] Le point à décider ici concerne l'imposition des sommes reçues de Manuvie par M^{me} Tsiaprailis. Le ministre a établi la cotisation de M^{me} Tsiaprailis en considérant que les sommes en question devaient être incluses dans son revenu en application de l'alinéa 6(1)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] ou, subsidiairement, en application de l'alinéa 6(1)a):

6. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments suivants qui sont applicables:

- a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages quelconques qu'il a reçus ou dont il a joui au cours de l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi

...

(f) the total of all amounts received by the taxpayer in the year that were payable to the taxpayer on a periodic basis in respect of the loss of all or any part of the taxpayer's income from an office or employment, pursuant to

...

(ii) a disability insurance plan, or

[4] Ms. Tsiaprailis asserts that these amounts are not to be included in income as they were not payable on a periodic basis, an essential element of paragraph 6(1)(f). Associate Chief Justice Bowman agreed with her, finding that the amount was not taxable because it was not payable on a periodic basis [at paragraph 18]:

Whether the Crown relies on paragraph 6(1)(f) or not, it has no application. The lump sum payment arrived at after a law suit was commenced and negotiated as a compromise cannot on any basis of statutory interpretation be described as an 'amount . . . payable on a periodic basis.'

[5] He then went on to find that the Crown could not rely upon paragraph 6(1)(a) if its submissions with respect to paragraph 6(1)(f) were not accepted. He adopted the reasoning of the Supreme Court of Canada in *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428. In that case the taxpayer won a prize of \$300 in an employment related context. Paragraph 56(1)(n) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], as it read at the time, required that prizes for achievement with a value greater than \$500 be included in income. The Minister argued that prizes of less than \$500 could be included in income under paragraph 6(1)(a) even if they did not come within paragraph 56(1)(n). The Supreme Court rejected this argument on the basis that it effectively did away with the exemption contemplated in paragraph 56(1)(n). Associate Chief Justice Bowman held that a section of general application such as paragraph 6(1)(a) could not be used to sweep into income an amount which did not fit within a provision aimed at amounts of that type, such as paragraph 6(1)(f). I adopt the learned trial Judge's position on this issue.

[. . .]

f) le total des sommes qu'il a reçues au cours de l'année, à titre d'indemnité payable périodiquement pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi, en vertu de l'un des régimes suivants dans le cadre duquel son employeur a contribué:

[. . .]

(ii) un régime d'assurance invalidité,

[4] M^{me} Tsiaprailis affirme que ces sommes ne doivent pas être incluses dans son revenu car elles n'étaient pas payables périodiquement, un élément essentiel de l'alinéa 6(1)f). Le juge en chef adjoint Bowman s'est rangé à son argument, estimant que la somme n'était pas imposable parce qu'elle n'était pas payable périodiquement [au paragraphe 18]:

Que la Couronne invoque ou non l'alinéa 6(1)f), celui-ci ne s'applique pas. Le paiement forfaitaire déterminé après une action en justice ayant fait l'objet d'un règlement amiable ne peut selon les principes d'interprétation législative être assimilé à des «sommes qu'il a reçues [. . .] à titre d'indemnité payable périodiquement».

[5] Puis le juge a estimé que la Couronne ne pouvait s'en remettre à l'alinéa 6(1)(a) si ses arguments se rapportant à l'alinéa 6(1)f) n'étaient pas acceptés. Il a adopté le raisonnement exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428. Dans cette affaire, le contribuable avait gagné un prix de 300 \$ dans l'exercice de ses fonctions professionnelles. L'alinéa 56(1)n) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], telle qu'il existait à l'époque, prévoyait que les prix d'excellence d'une valeur supérieure à 500 \$ devaient être inclus dans le revenu. Le ministre avait fait valoir que les prix inférieurs à 500 \$ pouvaient être inclus dans le revenu selon l'alinéa 6(1)(a) même s'ils n'entraient pas dans l'alinéa 56(1)n). La Cour suprême a rejeté cet argument au motif qu'il revenait à ignorer l'exonération prévue par l'alinéa 56(1)n). Le juge en chef adjoint Bowman a estimé qu'une disposition d'application générale telle que l'alinéa 6(1)(a) ne pouvait servir à faire entrer dans le revenu d'un contribuable une somme qui ne cadrerait pas avec une disposition destinée aux sommes de ce genre, par exemple l'alinéa 6(1)f). Je partage ici les vues du juge du procès.

[6] The judges of the Tax Court have generally been consistent in their treatment of amounts received in settlement of disability insurance claims. In many of these cases, the issue of inclusion in income under paragraph 6(1)(a) also arose, but for purposes of the following review, I will limit my comments to their treatment of paragraph 6(1)(f). In *Peel v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 268 (T.C.C.), the Court held that a \$90,000 payment to settle an action against a disability insurer was not to be included in income under paragraph 6(1)(f) because it was not a periodic payment.

[7] In *Landry v. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712 (T.C.C.), Associate Chief Justice Bowman found that a lump sum payment of \$30,000 which was accepted in settlement of a claim against a disability insurer was not to be included in income because it was not payable on a periodic basis and therefore did not fall within paragraph 6(1)(f). He had this to say about the nature of the settlement [at paragraph 9]:

The lump sum payment received by Mrs. Landry was not payable on a periodic basis and there is no allegation or assumption that the \$25,000 represented simply the aggregate of periodic payments that she might have received over her lifetime. (cf. *Marchand v. M.N.R.*, 87 DTC 630 (T.C.C.)).

[8] Judge Lamarre, in the case of *Whitehouse v. Canada*, [2000] 1 C.T.C. 2714 (T.C.C.), held that an amount received to settle a disability claim was not payable on a periodic basis and therefore was not to be included in income pursuant to paragraph 6(1)(f). There was no discussion of the nature of the payment itself. The same result was arrived at in *Fry v. Canada* (2001), 28 C.C.P.B. 231 (T.C.C.).

[9] In *Johnson Estate v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2725 Judge Rip held that a lump sum payment made in settlement of accumulated arrears under a disability policy was to be included in income under paragraph 6(1)(f). In doing so, he commented on the nature of the settlement arrived at between the insured and the insurer

[6] Les juges de la Cour de l'impôt sont généralement constants dans la manière dont ils traitent les sommes reçues à la suite de compromis portant sur des réclamations d'assurance invalidité. Dans nombre de ces cas, la question de l'inclusion dans le revenu au titre de l'alinéa 6(1)a s'est également posée, mais, aux fins de l'examen qui suit, je limiterai mes observations à leur manière de considérer l'alinéa 6(1)f. Dans l'affaire *Peel c. M.R.N.* (1987), 87 DTC 268 (C.C.I.), la Cour de l'impôt avait jugé qu'un paiement de 90 000 \$ en règlement d'une action engagée contre un assureur invalidité ne devait pas être inclus dans le revenu selon l'alinéa 6(1)f parce qu'il ne s'agissait pas d'un paiement périodique.

[7] Dans l'affaire *Landry c. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712 (C.C.I.), le juge en chef adjoint Bowman avait estimé qu'un paiement forfaitaire de 30 000 \$, qui avait été accepté en règlement d'une réclamation à l'encontre d'un assureur invalidité, ne devait pas figurer dans le revenu de la contribuable parce qu'il n'était pas payable périodiquement et par conséquent n'entraînait pas dans l'alinéa 6(1)f. Il s'est exprimé ainsi sur la nature du compromis [au paragraphe 9]:

Le paiement forfaitaire reçu par M^{me} Landry n'était pas une somme payable périodiquement, et il n'est pas allégué ou présumé que les 25 000 \$ représentaient simplement le total de paiements périodiques que M^{me} Landry aurait pu recevoir au cours de sa vie (voir *Marchand c. M.R.N.*, 87 DTC 630 (C.C.I.)).

[8] Dans l'affaire *Whitehouse c. Canada*, [2000] 1 C.T.C. 2714 (C.C.I.), le juge Lamarre avait estimé qu'une somme reçue en règlement d'une réclamation d'assurance invalidité n'était pas payable périodiquement et par conséquent ne devait pas être incluse dans le revenu du contribuable selon les termes de l'alinéa 6(1)f. La nature du paiement proprement dit n'a pas été débattue. La Cour de l'impôt est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Fry c. Canada* (2001), 28 C.C.P.B. 231 (C.C.I.).

[9] Dans l'affaire *Johnson, succession c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2725, le juge Rip a estimé qu'une somme forfaitaire versée au titre d'une police d'assurance invalidité en règlement d'arriérés accumulés devait être incluse dans le revenu du contribuable au titre de l'alinéa 6(1)f. Il s'est exprimé ainsi sur la nature du

[at paragraph 28]:

The payment in May 1995 by Mutual Life terminated the initial litigation. However, the payment was not the insurer's final or full liability under the Policy, as in *Peel v. M.N.R.*, [87 DTC 268 (T.C.C.)] or *Tsiaprailis v. The Queen* [[2001] T.C.J. No.856 (Q.L.) per Bowman, A.C.J.] for example. The payment was simply the aggregate of arrears of amounts that were payable on a periodic basis under the Policy, plus interest and costs. The insurer paid what it ought to have paid under the Policy had it accepted Mrs. Johnson's application in March 1995, or earlier, and Mrs. Johnson received the arrears to which she was entitled under the Policy. Prior to the settlement, counsel for Mrs. Johnson and Mutual Life were "number crunching" to ensure that the lump sum amount aggregated the amounts she should have received had Mutual Life accepted her application when made, plus interest and costs of \$1,500. Further, the Policy continued and Mrs. Johnson was to continue to receive monthly benefits. The insurer honoured the Policy and paid what it ought to have paid on a periodic basis. Mrs. Johnson relinquished no rights under the Policy to claim future benefits. Thus, under ordinary circumstances, the amounts received under the May Settlement ought to be included in Mrs. Johnson's income for 1995. [Emphasis added.]

[10] In *Dumas v. Canada* (2000), 26 C.C.P.B. 218 (T.C.C.), Judge Mogan held that an amount of \$105,000 paid to settle a disability insurance claim was to be included in income. The learned Judge set out the problem as he saw it at paragraph 25 of his reasons:

If those disability benefits (arrears and future) had been paid on a periodic basis, they would have been included in the Appellant's income as received from year to year under paragraph 6(1)(f) of the Act. Those benefits were not paid on a periodic basis or paid at all. The Appellant sued GWL and recovered \$105,000. The Appellant's problem in this appeal is to demonstrate that the character of the settlement amount is different from the character of the periodic payments (i.e. income) which would otherwise have been received.

Further along in his reasons, Judge Mogan decided that all or a part of an amount received in settlement of a

compromis négocié entre l'assuré et l'assureur [au paragraphe 28]:

[TRADUCTION] Le paiement effectué en mai 1995 par Mutual Life a mis fin au litige initial. Cependant, le paiement ne constituait pas l'obligation finale ou intégrale de l'assureur selon la police, comme dans le jugement *Peel c. M.R.N.*, [87 DTC 268 (C.C.I.)] ou dans le jugement *Tsiaprailis c. La Reine* [[2001] A.C.I. n° 856 (Q.L.) le juge en chef adjoint Bowman] par exemple. Le paiement représentait simplement le total d'arriérés de sommes qui étaient payables périodiquement selon la police, plus les intérêts et les dépens. L'assureur a payé ce qu'il aurait dû payer au titre de la police s'il avait accepté la demande de M^{me} Johnson en mars 1995, ou plus tôt, et si M^{me} Johnson avait reçu les arriérés auxquels elle avait droit selon la police. Avant le compromis, les avocats de M^{me} Johnson et de Mutual Life effectuaient des calculs pour s'assurer que la somme forfaitaire regroupait les sommes qu'elle aurait dû recevoir si Mutual Life avait accepté dès l'origine sa demande, plus les intérêts et les dépens de 1 500 \$. Par ailleurs, la police subsistait et M^{me} Johnson allait continuer de recevoir des prestations mensuelles. L'assureur a honoré la police et payé ce qu'il aurait dû payer périodiquement. M^{me} Johnson n'a pas renoncé au droit de réclamer des prestations futures selon la police. Ainsi, en des circonstances ordinaires, les sommes reçues au titre du compromis de mai devraient être incluses dans le revenu de M^{me} Johnson pour l'année 1995. [Non souligné dans l'original.]

[10] Dans l'affaire *Dumas c. Canada* (2000), 26 C.C.P.B. 218 (C.C.I.), le juge Mogan avait estimé qu'une somme de 105 000 \$ payée en règlement d'une réclamation d'assurance invalidité devait être incluse dans le revenu du contribuable. Le juge a exposé le problème, tel qu'il le voyait, au paragraphe 25 de ses motifs:

Si ces prestations d'invalidité (arriéré et montant payable à l'avenir) avaient été versées périodiquement, elles auraient été incluses dans le revenu de l'appelante pour chacune des années en cause aux termes de l'alinéa 6(1)f) de la Loi. Ces prestations n'ont pas été versées périodiquement ni n'ont jamais été versées. L'appelante a intenté une poursuite contre LGW et a recouvré un montant de 105 000 \$. Le fardeau qui incombe à l'appelante en l'espèce est de prouver que le montant de la transaction ne peut être qualifié de la même manière que le montant des paiements périodiques (c.-à-d. un revenu) qu'elle aurait par ailleurs reçus.

Plus loin dans ses motifs, le juge Mogan a décidé que la totalité ou une partie d'une somme reçue en règlement

claim can be characterized as income [at paragraph 25]:

The decisions of the Federal Court of Appeal in *Manley* and *Mohawk Oil* prove that all or a portion of an amount recovered as damages (as in *Manley*) or by way of settlement (as in *Mohawk Oil*) may be characterized as income for tax purposes. The character of an amount received as damages or to settle a claim will be influenced, if not wholly determined, by the nature of the claim made by the person receiving the amount.

[11] In the end, Judge Mogan concluded that the entire settlement amount was income in the hands of Ms. Dumas. However, he found that since it was not payable on a periodic basis, the payment did not come within paragraph 6(1)(f). But he did find that the payment was to be included in income by virtue of paragraph 6(1)(a).

[12] Before embarking upon an analysis of the tax consequences of the settlement, it is useful to examine the nature of the rights which Ms. Tsiaprailis had under the disability policy. The terms of the policy which are relevant to this appeal are reproduced below:

Totally Disabled

. . . due to illness or injury, completely unable to perform the normal daily duties as set out below

For an Employee, the normal duties are deemed to be those of his or her own occupation for the Qualifying Period [182 days] and the next 24 months. After this, the normal duties are deemed to be those of any occupation for which the employee is or may become suited by education, training or experience.

Long Term Disability Benefit

If a person becomes Totally Disabled while insured for this Benefit and remains Totally Disabled longer than the Qualifying Period, [the Insurer] will start paying a Monthly Benefit.

This Monthly Benefit will continue for up to the Maximum Benefit Period [up to the 65th birthday] while the person remains alive and Totally Disabled.

d'une réclamation pouvait être qualifiée de revenu [au paragraphe 25]:

Les arrêts *Manley* et *Mohawk Oil* de la Cour d'appel fédérale font la preuve que la totalité ou une partie du montant reçu à titre de dommages-intérêts (comme dans l'arrêt *Manley*) ou à titre de règlement (comme dans l'arrêt *Mohawk Oil*) peut être qualifiée de revenu aux fins de l'impôt. La désignation d'un montant reçu à titre de dommages-intérêts ou dans le but de régler une demande sera fonction, dans une certaine mesure du moins, de la nature de la demande présentée par la personne qui reçoit le montant.

[11] Finalement, le juge Mogan a conclu que l'intégralité de la somme négociée était un revenu entre les mains de M^{me} Dumas. Cependant, il a estimé que, puisque cette somme n'était pas payable périodiquement, elle n'entraînait pas dans l'alinéa 6(1)f). Mais, selon lui, la somme devait être incluse dans le revenu de la contribuable en vertu de l'alinéa 6(1)a).

[12] Avant d'analyser les conséquences fiscales du compromis, il convient d'examiner la nature des droits qu'avait M^{me} Tsiaprailis en vertu de la police d'assurance invalidité. Les conditions de la police qui intéressent le présent appel sont reproduites ci-dessous:

[TRADUCTION]

Invalidité totale

[. . .] par suite d'une maladie ou d'une blessure, incapacité complète d'effectuer les tâches quotidiennes normales décrites ci-dessous:

Pour un employé, les tâches normales sont réputées être celles de sa propre occupation durant la période minimum d'affiliation [182 jours] et les 24 mois suivants. Après cela, les tâches normales sont réputées être celles de toute occupation à laquelle l'employé(e) est ou peut devenir apte en raison de son niveau d'instruction, de sa formation ou de son expérience.

Prestations d'invalidité de longue durée

Si une personne devient totalement invalide pendant qu'elle est assurée pour cette prestation et si elle demeure totalement invalide plus longtemps que la période minimum d'affiliation, [l'assureur] commencera le paiement d'une prestation mensuelle.

Cette prestation mensuelle se poursuivra au plus tard jusqu'à l'expiration de la période maximale de prestations [jusqu'au 65^e anniversaire] tant que l'assuré demeure en vie et totalement invalide.

[13] The effect of these provisions is that a person is entitled to receive disability benefits so long as they are alive, totally disabled, and under the age of 65. If they cease to be disabled, their entitlement to disability benefits is also at an end. Claimants can cease to be disabled in a number of ways, not the least of which is the change in the definition of “normal daily duties” which occurs 24 months after the expiration of the qualifying period. The test is no longer the ability to do the duties of one’s own occupation but rather is the ability to do the duties of any occupation for which one is suited by education, training and experience. This point is not relevant to this claim but merely demonstrates that total disability is not a static condition. Apart from a change in a claimant’s physical condition, he or she might also cease to be disabled as a result of further treatment or training. The policy language is clear that the insurer is only required to pay benefits “while the person remains alive and Totally Disabled”. Where an insurer puts the insured’s disability into question, the onus of proving disability is on the insured (*Andersen v. Great-West Life Assurance Co.* (1987), 30 C.C.L.I. 85 (Ont. S.C.)).

[14] When the insurer ceased making payments to Ms. Tsiaprailis, the latter had two types of claims against the insurer. The first was with respect to the unpaid payments which came due in the period of time following the insurer’s refusal to pay and the date of settlement. The second had to do with the right to receive benefits in the future. When Ms. Tsiaprailis launched her action, these two types of claims gave rise to different remedies.

[15] If the Court found that Ms. Tsiaprailis was totally disabled, then she would be entitled to a money judgment for all amounts which had become payable between the date of the insurer’s breach of the contract and the date of judgment. Such a finding would establish that at the material times, she met all the conditions of the policy and therefore had established her right to demand payment from the insurer.

[13] L’effet de ces dispositions est qu’une personne a le droit de recevoir des prestations d’invalidité tant qu’elle est en vie, totalement invalide et âgée de moins de 65 ans. Si elle cesse d’être invalide, son droit à des prestations prend fin lui aussi. Le réclamant peut cesser d’être invalide de plusieurs façons, l’une d’elles, et non la moindre, étant la modification des «tâches quotidiennes normales» qui se produit 24 mois après l’expiration de la période minimum d’affiliation. Le critère n’est plus la capacité d’effectuer les tâches de sa propre occupation, mais plutôt la capacité de faire les tâches de toute occupation à laquelle on est apte en raison de son niveau d’instruction, de sa formation et de son expérience. Ce point n’intéresse pas la présente réclamation, mais il sert simplement à montrer que l’invalidité totale n’est pas une condition statique. Outre un changement de l’état physique du réclamant, le réclamant peut également cesser d’être invalide grâce à d’autres traitements ou à une formation complémentaire. Le texte de la police précise que l’assureur est tenu de payer des prestations uniquement «tant que l’assuré demeure en vie et totalement invalide». Lorsqu’un assureur met en doute l’invalidité de l’assuré, c’est à l’assuré qu’il incombe de prouver son invalidité (*Andersen c. Great-West Life Assurance Co.* (1987), 30 C.C.L.I. 85 (C.S. Ont.)).

[14] Lorsque l’assureur a cessé de verser des prestations à M^{me} Tsiaprailis, celle-ci avait deux genres de réclamations contre l’assureur. La première se rapportait aux sommes non payées qui étaient devenues exigibles durant la période séparant le refus de l’assureur de payer et la date du compromis. La deuxième concernait son droit de recevoir des prestations dans l’avenir. Lorsque M^{me} Tsiaprailis a introduit son action, ces deux genres de réclamations donnaient lieu à des recours différents.

[15] Si la Cour jugeait que M^{me} Tsiaprailis était totalement invalide, alors M^{me} Tsiaprailis aurait droit à un jugement pour toutes les sommes qui sont devenues payables entre la date de la rupture du contrat par l’assureur et la date du jugement. Une telle décision établirait que, aux dates pertinentes, M^{me} Tsiaprailis remplissait toutes les conditions de la police et par conséquent avait établi son droit d’exiger paiement de l’assureur.

[16] However, in so far as future payments are concerned, Ms. Tsiaprailis would not be entitled to a money judgment for amounts which might become payable under the policy in the future because, as set out above, the question of the insured's eligibility arises each time a payment comes due. The only remedy available to a claimant is a declaration that, as of the date of judgment, the policy is valid and subsisting, and that the insured is totally disabled within the meaning of the policy. But that declaration does not bind the insurer to make the next payment which comes due if, for example, as a result of the change in the definition of totally disabled, the insured was no longer totally disabled. The declaratory relief simply establishes that the insured has a right to receive benefits and that the insurer continues to have the obligation to pay, so long as the state of disability persists (and the other conditions of the policy are met). See *Andersen, supra* and *Mercuri v. Imperial Life Assurance Co. of Canada* (1990), 107 N.B.R. (2d) 320 (Q.B.).

[17] This right to receive disability benefits so long as the state of total disability persists is a valuable right, just as the obligation to make the payments so long as the insured is eligible to receive them is a significant liability. The right and the corresponding obligation have a monetary value. An insured can agree to surrender his or her rights, thereby extinguishing the insurer's liability, in return for a payment. The fact that the parties choose to negotiate the value of that right/obligation by reference to the amounts which could become payable under the policy if the insured remained totally disabled and survived until age 65 does not mean that the settlement is a pre-payment of the insurer's obligations under the policy. We are not called upon to decide the nature of that right in this appeal but, in other circumstances, the disposition of a right to receive future amounts has been held to be a capital transaction. See *Short v. Canada*, [1999] 4 C.T.C. 2085 (T.C.C.).

[18] In this case, Ms. Tsiaprailis sued to enforce her rights under the disability insurance policy. She had two types of rights. She received a single amount in

[16] Cependant, pour autant que soient concernés les paiements futurs, M^{me} Tsiaprailis n'aurait pas droit à un jugement pour les sommes qui pourraient dans l'avenir devenir payables selon la police parce que, comme on l'a dit plus haut, la question de l'admissibilité de l'assuré se pose chaque fois qu'un paiement devient exigible. Le seul recours auquel peut prétendre un réclamant est un jugement déclaratoire affirmant que, à la date du jugement, la police est valide et en vigueur et que l'assuré est totalement invalide au sens de la police. Mais un tel jugement déclaratoire ne contraint pas l'assureur à faire le paiement suivant qui devient exigible si, par exemple, par suite du changement prévu dans la définition de «invalidité totale», l'assuré n'est plus totalement invalide. Le jugement déclaratoire établit simplement que l'assuré a le droit de recevoir des prestations et que l'assureur demeure tenu de payer, dans la mesure où l'état d'invalidité persiste (et où les autres conditions de la police sont remplies). Voir l'affaire *Andersen*, précitée, et l'affaire *Mercuri c. Impériale, cie d'Assurance-Vie* (1990), 107 R.N.-B. (2^e) 320 (B.R.).

[17] Ce droit de recevoir des prestations d'invalidité tant que persiste l'état d'invalidité totale est un droit précieux, tout comme l'obligation d'effectuer les paiements tant que l'assuré demeure admissible à les recevoir constitue un engagement d'importance. Le droit et l'obligation correspondante ont une valeur monétaire. Un assuré peut décider d'abandonner son droit ou ses droits, éteignant par là-même l'engagement de l'assureur, en échange d'un paiement. Le fait que les parties décident de négocier la valeur de ce droit ou de cette obligation en se référant aux sommes qui pourraient devenir payables au titre de la police si l'assuré demeurerait totalement invalide et restait en vie jusqu'à l'âge de 65 ans ne signifie pas que le compromis revient pour l'assureur à s'acquitter par anticipation de ses obligations selon la police. Il ne nous est pas demandé dans le présent appel de préciser la nature de ce droit, mais, en d'autres circonstances, il a été jugé que l'aliénation du droit de recevoir des sommes futures constitue une opération en capital. Voir l'affaire *Short c. Canada*, [1999] 4 C.T.C. 2085 (C.C.I.).

[18] En l'espèce, M^{me} Tsiaprailis a introduit une action pour faire valoir ses droits selon la police d'assurance invalidité. Elle avait deux genres de droits. Elle a reçu

satisfaction of both types of rights. The jurisprudence of the Tax Court would suggest that the entire amount is either taxable as income in her hands or none of it is. But as Judge Mogan pointed out in *Dumas*, all or part of a payment can be treated as income in a taxpayer's hands. I can think of no reason why the two types of claims which Ms. Tsiaprailis was asserting in her claim cannot be treated distinctly for tax purposes. In fact, if one refers to paragraph 11 of the agreed statement of facts, one can see how the parties allocated the settlement amount between the arrears and Ms. Tsiaprailis' future entitlement. The significance of the allocation is the recognition by the parties to the settlement that there are past and future components to the settlement amount.

[19] The meaning of the phrase "payable on a periodic basis" was considered in *R. v. Sills*, [1985] 2 F.C. 200 (C.A.). The issue was whether amounts paid in satisfaction of arrears of maintenance were to be included in income. The payer was required by court order to pay Ms. Sills a monthly amount for maintenance for herself and her dependent children. Arrears accumulated as a result of missed payments. At various time, the payer made lump sum payments towards the arrears but never eliminated them. Ms. Sills argued that these lump sum payments in satisfaction of the arrears were not taxable in her hands because subsection 56(1)(b) of the *Income Tax Act* only provided for the inclusion in income of "alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage". Mrs. Sills argued that since the lump sum payments were not payable on a periodic basis, they did not come within paragraph 56(1)(b) and were not subject to being included in her income. Heald J.A. had no difficulty disposing of this argument at page 205:

Where the Trial Judge erred, in my view, was in not having due regard to the use of the word "payable" in the paragraph.

une somme unique en règlement des deux genres de droits. La jurisprudence de la Cour de l'impôt donne à penser que la somme intégrale est imposable comme revenu entre ses mains ou qu'elle ne l'est pas du tout. Mais comme l'a fait observer le juge Mogan dans l'affaire *Dumas*, la totalité ou une partie d'un paiement peut être considérée comme revenu entre les mains d'un contribuable. Je ne vois pas pourquoi les deux types de droits que M^{me} Tsiaprailis a fait valoir dans sa réclamation ne pourraient être traités d'une manière distincte sur le plan fiscal. D'ailleurs, si l'on se réfère au paragraphe 11 de l'exposé conjoint des faits, on peut voir comment les parties ont réparti la somme négociée entre les arriérés et les droits futurs de M^{me} Tsiaprailis. L'intérêt que présente la répartition est la reconnaissance, par les parties au compromis, que la somme négociée comporte des éléments passés et des éléments futurs.

[19] Le sens de l'expression «payable périodiquement» a été examiné dans l'affaire *R. c. Sills*, [1985] 2 C.F. 200 (C.A.). Il s'agissait de savoir si des sommes versées en règlement d'arriérés de pension alimentaire devaient être incluses dans le revenu de la contribuable. Le payeur était tenu par ordonnance judiciaire de verser à M^{me} Sills une pension alimentaire mensuelle pour elle-même et ses enfants à charge. Les arriérés se sont accumulés en raison de l'omission de plusieurs paiements. À certains moments, le payeur versait une somme forfaitaire au titre des arriérés, mais il n'éliminait jamais les arriérés. M^{me} Sills avait fait valoir que ces sommes forfaitaires payées en règlement des arriérés n'étaient pas imposables entre ses mains parce que l'alinéa 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoyait l'inclusion dans le revenu que «d'[une] pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage». M^{me} Sills avait fait valoir que, puisque les sommes forfaitaires n'étaient pas payables périodiquement, elles n'entraient pas dans l'alinéa 56(1)b) et ne devaient pas être incluses dans son revenu. Le juge Heald, J.C.A. n'a eu aucune difficulté à disposer de cet argument, à la page 205:

À mon avis, l'erreur du juge de première instance consiste à n'avoir pas accordé toute l'importance qui se devait à l'emploi

So long as the agreement provides that the monies are payable on a periodic basis, the requirement of the paragraph is met. The payments do not change in character merely because they are not made on time. The learned Tax Review Board member made the same error, in my view, when he said that the amounts to be included in income “must be received exactly according to the terms of the agreement”.

[20] In my view, the logic of this position is unassailable. Paragraph 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, as well as paragraph 6(1)(f) which is in issue here, refer to amounts which are “payable” on a periodic basis, as opposed to “paid” on a periodic basis. The fact that a payment is not made when due does not change the fact that the obligation to pay is a periodic one. Where a person has a right to receive a payment, the fact that collection activity must be undertaken to compel payment does not change the nature of that payment in the hands of the payee. (See *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.) as applied in *R. v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208 (C.A.).)

[21] With this in mind, I return to the jurisprudence of the Tax Court on this issue. It seems to me that a fair characterization of the position taken by the majority of the judges of the Tax Court is that a settlement of all claims arising under a disability insurance policy in return for the payment of a global amount does not create liability for tax under paragraph 6(1)(f) of the Act because:

- (a) the payment itself is not payable on a periodic basis; and
- (b) being a global settlement, it is not referable to an obligation to make periodic payments.

[22] The first point is answered by the decision of this court in *Sills*, discussed above, which holds that payments are no less “payable on a periodic basis” for being aggregated and paid late. The response to the second point is found in the decision of this Court in

du mot «payable» dans l’alinéa en question. Pourvu que l’accord prévoie que les montants d’argent sont payables périodiquement, l’exigence contenue à l’alinéa est respectée. Les paiements ne changent pas de nature pour la seule raison qu’ils ne sont pas effectués à temps. Le membre de la Commission de révision de l’impôt a, selon moi, commis la même erreur lorsqu’il a dit que les sommes devant être incluses dans le revenu «doivent avoir été reçues exactement conformément aux dispositions de . . . l’accord».

[20] À mon avis, ce raisonnement est irréfutable. L’alinéa 56(1)b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ainsi que l’alinéa 6(1)f) dont il est question ici, parlent de sommes qui sont «payables» périodiquement, et non pas «payées» périodiquement. Le fait qu’un paiement ne soit pas effectué lorsqu’il est exigible ne change pas le caractère périodique de l’obligation de payer. Lorsqu’une personne a le droit de recevoir un paiement, le fait que des mesures de recouvrement doivent être appliquées pour forcer le paiement ne change pas la nature de ce paiement entre les mains du bénéficiaire. Voir l’arrêt *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), appliqué dans l’arrêt *R. c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208 (C.A.).

[21] Gardant cela à l’esprit, je reviens à la jurisprudence de la Cour de l’impôt sur cet aspect. Il me semble que l’on peut résumer ainsi la position adoptée par la majorité des juges de la Cour de l’impôt: un compromis portant sur l’ensemble des réclamations qui découlent d’une police d’assurance invalidité, en échange du paiement d’une somme globale, n’entraîne pas un assujettissement à l’impôt selon les termes de l’alinéa 6(1)f) de la Loi, pour les raisons suivantes:

- a) la somme elle-même n’est pas payable périodiquement; et
- b) puisqu’il s’agit d’un compromis global, il ne peut être question d’une obligation d’effectuer des paiements périodiques.

[22] Le premier point est réglé par l’arrêt *Sills*, précité, où la Cour fédérale a jugé que, quand bien même seraient-elles regroupées et payées tardivement, les sommes n’en restent pas moins «payables périodiquement». La réponse au deuxième point se

Mohawk Oil Co. v. Canada, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.) dismissing an appeal from a reassessment in which the Minister allocated a global settlement between income and capital accounts. In my view, this demonstrates that there is no bar to disentangling the elements of a settlement if there is a sufficient evidentiary basis upon which to do so. The same point arose in *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, where the Supreme Court set aside this Court's [[1994] 2 F.C. 720] characterization of the elements of a global settlement on the ground that the evidence did not support its conclusion. The clear implication is that the question of allocation was a matter of evidence and not a question of legal principle. In this case, there is no question as to the evidence since the breakdown of the settlement amount figures in the agreed statement of facts.

[23] Is this still true if the liability to make the payments is disputed? That question can be answered in two ways. The first is that the liability is only disputed by the insurer and it is not the taxation of the insurer which is in issue. In my view, Ms. Tsiaprailis cannot assert the insurer's liability under the policy in her action, recover an amount from the insurer in that action, and then argue that the payment does not flow from the obligations of the insurer under the policy.

[24] The second approach to the question of disputed liability and the effect of the settlement is to refer to the cases where the court has inquired into the nature of a payment received as damages, to see if the terms of any release executed by the parties dictated the result of the inquiry. In *Schwartz, supra*, the settlement between the taxpayer included a release which described the major portion of the sum being paid to him as damages. The terms of the release are not given but, on the theory that if something turned on its terms, they would have been reported, one can presume that the release contained the usual unexceptional terms as to denial of liability and a full release of any liability of any sort. In examining the nature of the payment to Schwartz, the Supreme Court referred to the letters which passed between the parties

trouve dans un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale avait rejeté un appel formé contre une nouvelle cotisation par laquelle le ministre avait réparti un compromis global entre compte de revenu et compte de capital. À mon avis, cela montre qu'il n'est pas interdit de séparer les éléments d'un compromis si cette manière de faire est autorisée par la preuve. La même question s'est posée dans l'arrêt *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254. Dans cette affaire, la Cour suprême avait rejeté la manière dont la Cour fédérale [[1994] 2 C.F. 720] avait qualifié les éléments d'un compromis global, et cela parce que la preuve n'autorisait pas sa conclusion. Ce que cela signifie, c'est que la répartition des éléments d'un compromis dépend de la preuve et non d'un principe juridique. En l'espèce, la preuve ne peut être mise en doute puisque la ventilation du compromis apparaît dans l'exposé conjoint des faits.

[23] Est-ce encore vrai si l'obligation de payer est contestée? On peut répondre à cette question de deux manières. La première est que l'obligation n'est contestée que par l'assureur et que ce n'est pas la responsabilité fiscale de l'assureur qui est en cause. À mon avis, M^{me} Tsiaprailis ne peut dans son action affirmer l'obligation de l'assureur aux termes de la police, recouvrer dans cette action une somme de l'assureur, puis soutenir que la somme ainsi payée ne résulte pas des obligations de l'assureur aux termes de la police.

[24] La deuxième manière de voir la question de l'obligation contestée et l'effet du compromis consiste à se reporter aux affaires où la Cour a examiné la nature d'un paiement reçu à titre de dommages-intérêts afin de voir si les conditions de la quittance libératoire signée par les parties devaient dicter la conclusion à tirer. Dans l'arrêt *Schwartz*, précité, le compromis auquel étaient arrivés le contribuable et son futur employeur comprenait une quittance libératoire qui qualifiait de dommages-intérêts la majeure partie de la somme payée au contribuable. Les conditions de la quittance ne sont pas indiquées, mais, puisque, si un aspect avait dépendu d'elles, il en aurait été fait état, on peut dès lors présumer que la quittance renfermait les conditions d'usage portant sur le déni de responsabilité et sur la décharge complète

in the course of negotiations and the testimony of Mr. Schwartz as to his view of the payment. The importance of this is that the Court did not consider itself bound by the characterization of the payment as damages in the release documents. In *Mohawk Oil Co.*, *supra*, the parties executed a release whose terms are not disclosed in the report of the decision but once again, the Court's inquiry into the nature of the payments received did not turn on the terms of the release but rather on the nature of the transaction. In my view, the terms of a release executed between parties to a dispute have not been taken as limiting any inquiry into the nature of the payments made.

[25] Consequently, I am of the view that the payment to Ms. Tsiaprailis included an amount with respect to the accumulated arrears. I find that this amount is taxable in Ms. Tsiaprailis' hands pursuant to paragraph 6(1)(f) because, even though it was paid as a lump sum under the compulsion of litigation, it was in respect of amounts "payable on a periodic basis".

[26] Given the issue in the appeal which is before us, it is not necessary to decide the tax treatment of the amounts paid with respect to future entitlement since the assessment is based upon inclusion in income under paragraphs 6(1)(a) and 6(1)(f). I would therefore allow the appeal and return the matter to the Minister for reassessment in accordance with these reasons. In the circumstances, I think it is appropriate that each party bear their own costs.

STRAYER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[27] EVANS J.A. (dissenting): I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Pelletier J.A. I agree

de toute obligation. Examinant la nature du paiement reçu par Schwartz, la Cour suprême s'est référée aux lettres qui avaient été échangées entre les parties durant les négociations, ainsi qu'au témoignage de M. Schwartz sur la manière dont il voyait ce paiement. Le point à retenir, c'est que la Cour ne s'est pas considérée liée par les documents de décharge de responsabilité, selon lesquels le paiement représentait des dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Mohawk Oil Co.*, précité, les parties avaient signé une décharge dont les conditions ne sont pas rapportées dans le texte de l'arrêt, mais, là encore, l'examen qu'a fait la Cour de la nature des paiements reçus ne s'appuyait pas sur les conditions de la décharge, mais plutôt sur la nature de l'opération. À mon avis, les conditions d'une décharge signée par les parties à un différend n'ont jamais constitué une limite lorsqu'est examinée la nature des paiements effectués.

[25] Conséquemment, je suis d'avis que le paiement reçu par M^{me} Tsiaprailis englobait une somme représentant les arriérés accumulés. J'arrive à la conclusion que cette somme est imposable entre les mains de M^{me} Tsiaprailis conformément à l'alinéa 6(1)f), parce que, même si elle a été payée comme somme forfaitaire sous la contrainte du litige engagé, elle se rapportait à des sommes «payables périodiquement».

[26] Vu la question posée dans l'appel dont nous sommes saisis, il n'est pas nécessaire de statuer sur le traitement fiscal des sommes payées à l'égard des droits futurs, puisque la cotisation est fondée sur l'inclusion dans le revenu de la contribuable en application des alinéas 6(1)a) et 6(1)f). J'accueillerais donc l'appel et renverrais l'affaire au ministre pour nouvelle cotisation conforme aux présents motifs. Eu égard aux circonstances, je crois qu'il est juste que chaque partie supporte ses propres dépens.

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

* * *

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

[27] LE JUGE EVANS, J.C.A. (motifs dissidents): J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge

that the Crown's argument on paragraph 6(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, must fail. This case is indistinguishable from *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254. However, unlike my colleague I am of the view that no part of the lump sum payment of \$105,000 made to Ms. Tsiaprailis by Manulife in 1996 is taxable under paragraph 6(1)(f). Accordingly, I would dismiss the appeal.

[28] Pelletier J.A. is of the view that the portion of this sum that is attributable to future payments by the insurer is not caught by paragraph 6(1)(f). He reasons that, since payments under the policy were not due at the time that the payment was made and, indeed, might never have become due, the portion of the lump sum attributable to future payments cannot be said to have been paid pursuant to the contract of insurance. However, in so far as the lump sum represents payments already due, the payment was made to replace moneys payable on a periodic basis pursuant to the policy. To that extent, Pelletier J.A. concludes, the Minister was correct to treat the lump sum as income under paragraph 6(1)(f). It is with this conclusion that I respectfully disagree.

[29] The critical question is whether the lump sum payment of \$105,000, less \$18,069 for legal expenses, is properly characterized as "payable to the taxpayer on a periodic basis . . . pursuant to . . . a disability insurance plan" under paragraph 6(1)(f). The conclusion of Bowman A.C.J. that the lump sum was not caught by paragraph 6(1)(f) is clearly consistent with the most obvious reading of the paragraph. A single payment made under a settlement contract in which the parties agree that the insurer does not admit liability and that the money shall be paid in a lump sum does not readily fit the words "payable . . . on a periodic basis . . . pursuant to . . . a disability insurance plan." Accordingly, Bowman A.C.J. concluded (at paragraph 25) that, in these circumstances, the Court would have "to dream up imaginative ways of taxing disabled people" in order to find for the Crown, an exercise in which he declined to engage.

Pelletier, J.C.A.. Je pense moi aussi que l'argument de la Couronne fondé sur l'alinéa 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, n'est pas recevable. La présente affaire ne peut être distinguée de l'arrêt *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254. Cependant, contrairement à mon collègue, je suis d'avis qu'aucune portion de la somme forfaitaire de 105 000 \$ payée à M^{me} Tsiaprailis par Manuvie en 1996 n'est imposable selon l'alinéa 6(1)f). Par conséquent, je rejetterais l'appel.

[28] Le juge Pelletier est d'avis que la portion de cette somme qui est attribuable à des paiements futurs de l'assureur échappe à l'alinéa 6(1)f). Selon lui, puisque les paiements effectués en vertu de la police n'étaient pas exigibles lorsque le paiement a été effectué, et puisque tout aussi bien ils auraient pu ne jamais le devenir, on ne saurait dire que la portion de la somme forfaitaire attribuable aux paiements futurs a été payée conformément au contrat d'assurance. En revanche, dans la mesure où la somme forfaitaire représente des paiements déjà exigibles, le paiement a été effectué pour remplacer des sommes payables périodiquement conformément à la police. Le juge Pelletier arrive donc à la conclusion que le ministre a eu raison de traiter la somme forfaitaire comme revenu selon l'alinéa 6(1)f). C'est avec cette conclusion que malheureusement je suis en désaccord.

[29] La question essentielle est de savoir si la somme forfaitaire de 105 000 \$, moins 18 069 \$ pour frais de justice, est valablement qualifiée de «indemnité payable périodiquement [. . .] en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité», comme le prévoit l'alinéa 6(1)f). La conclusion du juge en chef adjoint Bowman selon laquelle la somme forfaitaire échappait à l'alinéa 6(1)f) est parfaitement en accord avec le texte on ne peut plus évident de l'alinéa. Un paiement unique effectué en vertu d'un compromis par lequel les parties s'entendent pour dire que l'assureur n'admet pas sa responsabilité et que la somme convenue sera versée comme somme forfaitaire n'est guère compatible avec les mots «payable périodiquement [. . .] en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité». Conséquemment, le juge en chef adjoint Bowman a conclu (au paragraphe 25) que, dans un tel cas, il faudrait que la Cour de l'impôt imagine «des façons d'imposer des personnes invalides» pour

[30] As Pelletier J.A. acknowledges, the Tax Court has generally, although not invariably, taken the position that lump sum payments made pursuant to settlements of disputed disability insurance claims do not satisfy the conditions of taxability prescribed by paragraph 6(1)(f). However, my colleague finds two grounds of support for the proposition that the portion of the settlement payment representing the value of the past unpaid benefits is taxable under the paragraph.

[31] First, he relies on *R. v. Sills*, [1985] 2 F.C. 200 (C.A.), as authority for the proposition that whether money is “payable on a periodic basis” is determined by the terms of the legal instrument containing the duty to pay and not by the manner in which the money owing is in fact paid. I agree that this is what *Sills* decides. However, in my respectful view, it does not assist the Crown in this case.

[32] In *Sills*, lump sum payments were made towards the arrears of payments that the taxpayer was required by a court order to make on a periodic basis. That is, the payments were made to discharge a liability to make periodic payments. In the present case, however, the payment was made to Ms. Tsiaprailis pursuant to the settlement of a law suit, not the original disability benefits insurance contract. While the insurance contract provided that disability benefits were payable on a periodic basis, the settlement contract contained no such provision. *Sills* does not help us to decide if the lump sum payment was made “pursuant to” the disability insurance contract, or the contract to settle the disputed claim.

[33] Second, Pelletier J.A. relies on *R. v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208 (C.A.), to deal with this last point. This case is cited as authority for the proposition that the fact that money is paid under a settlement does not change the essential nature of the payment. The argument is that, since the lump sum was paid to Ms.

pouvoir statuer en faveur de la Couronne, un exercice qu’il a refusé d’entreprendre.

[30] Comme le reconnaît le juge Pelletier, la Cour de l’impôt adopte généralement, mais pas systématiquement, la position selon laquelle les sommes forfaitaires payées à la suite de compromis portant sur des réclamations contestées d’assurance invalidité ne satisfont pas aux conditions d’imposabilité prévues par l’alinéa 6(1)f). Cependant, mon collègue s’appuie sur deux précédents pour affirmer que la portion du compromis représentant la valeur des prestations restées impayées est imposable en vertu de l’alinéa.

[31] D’abord, il s’appuie sur l’arrêt *R. c. Sills*, [1985] 2 C.F. 200 (C.A.), qui selon lui permet d’affirmer que, pour pouvoir dire si une somme est «payable périodiquement», il faut s’en remettre aux modalités de l’instrument juridique contenant l’obligation de payer, et non à la manière dont la somme due est effectivement payée. Certes, c’est bien là le ratio de l’arrêt *Sills*. Cependant, à mon humble avis, l’arrêt *Sills* ne vient pas ici en aide à la Couronne.

[32] Dans l’arrêt *Sills*, des sommes forfaitaires avaient été payées au titre des arriérés des paiements que le contribuable était tenu d’acquitter périodiquement en vertu d’une ordonnance judiciaire. Plus précisément, les sommes avaient été payées en exécution d’une obligation de faire des paiements périodiques. En l’espèce cependant, la somme a été payée à M^{me} Tsiaprailis à la suite du compromis devant mettre fin à un procès, et non en raison du contrat initial d’assurance invalidité. Le contrat d’assurance prévoyait que les prestations d’invalidité étaient payables périodiquement, mais le compromis ne renfermait aucune disposition semblable. L’arrêt *Sills* ne nous permet pas de dire si la somme forfaitaire a été payée «en vertu» du contrat d’assurance invalidité ou en vertu du contrat qui mettait fin à la contestation.

[33] Deuxièmement, le juge Pelletier s’appuie sur l’arrêt *R. c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208 (C.A.), pour régler ce dernier point. Ce précédent permettrait selon lui d’affirmer que le versement de la somme par suite d’un compromis ne change en rien la nature essentielle du paiement effectué. L’argument est que, puisque la

Tsiaprailis under an agreement to settle a disputed claim that the insurer had failed to make periodic payments as required by the contract to pay disability benefits, the “arrear” part of the payment should be treated in the same way that it would have been if the insurer had paid the benefits monthly in accordance with the contract of insurance.

[34] In my view, however, the cases in which this approach has been taken do not go as far as the Crown would have us go in this case. To date, the courts have only characterized the nature of the sum received by reference to its underlying source in order to determine its general nature.

[35] Thus, in *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), it was held that the underlying source of an award of damages was relevant to determining whether the sum awarded should be treated as profits for tax purposes. The Court held that the amount included in the damages for profits lost as a result of the defendant’s negligently damaging the plaintiff’s jetty was taxable as profit earned from trade. Similarly, this Court has also looked behind awards of damages or settlements to determine whether to characterize a payment as a capital gain or business income: see, for example, *R. v. Manley; Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.); *T. Eaton Co. v. Canada*, [1999] 3 F.C. 123 (C.A.).

[36] In paragraph 6(1)(f), however, Parliament has precisely defined the circumstances under which a sum is taxable: that is, when it is “payable . . . on a periodic basis . . . pursuant to . . . a disability insurance plan”. In my opinion, it is not open to the Court to characterize a lump sum paid in settlement of a disputed claim as falling within this description merely because the claim that the parties settled involved an allegation by the insured person that the insurer had breached its obligation under the policy to make periodic payments.

somme forfaitaire a été payée à M^{me} Tsiaprailis en vertu d’une entente mettant fin à une contestation selon laquelle l’assureur avait négligé d’effectuer les paiements périodiques prévus par le contrat d’assurance invalidité, la portion «arriérés» de la somme devrait être considérée de la même manière qu’elle l’aurait été si l’assureur avait payé les prestations mensuellement en conformité avec le contrat d’assurance.

[34] À mon avis cependant, les précédents dans lesquels cette manière de voir a été adoptée ne nous mènent pas aussi loin que le voudrait ici la Couronne. À ce jour, les tribunaux n’ont qualifié la nature de la somme reçue en se référant à sa source fondamentale que pour déterminer sa nature générale.

[35] Ainsi, dans l’arrêt *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124, la Cour d’appel d’Angleterre avait jugé que la source fondamentale de l’octroi de dommages-intérêts était un facteur à considérer pour savoir si la somme ainsi accordée devrait être traitée comme un bénéfice sur le plan fiscal. La Cour avait estimé que la somme incluse dans les dommages-intérêts pour manque à gagner parce que le défendeur avait par négligence endommagé l’embarcadère du demandeur était imposable comme revenu tiré d’une activité commerciale. La Cour fédérale a elle aussi fait abstraction des octrois de dommages-intérêts ou des compromis pour savoir s’il convenait de qualifier un paiement de gain en capital ou de revenu d’entreprise: voir par exemple les arrêts *R. c. Manley; Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.); et *Cie T. Eaton c. Canada*, [1999] 3 C.F. 123 (C.A.).

[36] Dans l’alinéa 6(1)f) cependant, le législateur a précisément défini les circonstances dans lesquelles une somme est imposable: elle est imposable lorsqu’elle est «payable périodiquement en vertu d’un régime d’assurance invalidité». À mon avis, il n’est pas loisible à la Cour de dire qu’une somme forfaitaire payée en règlement d’une contestation entre dans cette description simplement parce que la réclamation que les parties ont réglée comportait une affirmation de l’assuré selon laquelle l’assureur avait manqué à son obligation, selon la police, de faire des paiements périodiques.

[37] The particularity and complexity of the definitions in subsection 6(1) of income from an office or employment are a warning to courts not to “dream up imaginative ways” of bringing within its scope payments that would appear clearly to fall outside the wording of paragraph 6(1)(f). As the Supreme Court of Canada said in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, at paragraph 53, “this Court has repeatedly stated that in matters of tax law, a court should always be reluctant to engage in judicial innovation and rule making.”

[38] Further, recent decisions of the Supreme Court of Canada seem generally to favour an approach to the imposition of tax that gives effect to the legal nature of the transactions entered into by the taxpayer, provided that they are not shams, rather than one that emphasizes the underlying economic or business realities and disregards the legal forms used by the taxpayer: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622.

[39] In the present appeal, the settlement expressly states that the parties agree that the insurer is not admitting that it was liable to Ms. Tsiaprailis under the contract of insurance. It is therefore difficult to conclude that, as a matter of law, the payment was made pursuant to the contract of insurance. Further, since the settlement provided for a lump sum payment, the money received in payment of the settlement debt was not “payable on a periodic basis”.

[40] The settlement replaces whatever legal rights the parties had under the insurance contract. Thus, for example, the insurer could not resist a claim by Ms. Tsiaprailis for payment of the amount promised in the settlement on the ground that she was no longer disabled. Hence, since the lump sum received by Ms. Tsiaprailis was paid in discharge of the insurer’s liability under the settlement, it was surely paid pursuant to the settlement, and not pursuant to the disability insurance policy. If the insurer had been liable to pay pursuant to the policy, the liability was terminated by the settlement.

[37] Le détail et la complexité de ce qui fait, selon le paragraphe 6(1), un revenu tiré d’une charge ou d’un emploi constituent un avertissement aux tribunaux pour qu’ils s’abstiennent d’«imaginer des moyens» de faire relever du champ de ce paragraphe des paiements qui manifestement échappent au texte de l’alinéa 6(1)f). Comme l’a dit la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, au paragraphe 53, «notre Cour a à maintes reprises affirmé que, dans les affaires de droit fiscal, les tribunaux doivent toujours hésiter à innover et à établir des règles».

[38] Qui plus est, de récents arrêts de la Cour suprême du Canada semblent généralement favoriser, en matière de fiscalité, une démarche qui donne effet à la nature juridique des opérations conclues par le contribuable, pour autant qu’il ne s’agisse pas de fausses apparences, plutôt qu’une démarche qui met l’accent sur les réalités économiques ou commerciales fondamentales et qui ignore les formes juridiques employées par le contribuable: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

[39] Dans le présent appel, le compromis mentionne expressément que les parties s’entendent pour dire que l’assureur n’admet pas sa responsabilité envers M^{me} Tsiaprailis au titre du contrat d’assurance. Il est donc difficile de conclure que, sur le plan juridique, le paiement a été effectué conformément au contrat d’assurance. Par ailleurs, puisque le compromis prévoyait une somme forfaitaire, la somme reçue en vertu du compromis n’était pas «payable périodiquement».

[40] Le compromis remplace les droits que les parties avaient de par le contrat d’assurance. Ainsi, par exemple, l’assureur n’aurait pu, en prétendant que M^{me} Tsiaprailis n’était plus invalide, s’opposer à une demande de M^{me} Tsiaprailis exigeant que la somme promise dans le compromis soit effectivement payée. Partant, puisque la somme forfaitaire reçue par M^{me} Tsiaprailis a été payée en exécution de l’obligation de l’assureur aux termes du compromis, elle a sûrement été payée en vertu du compromis, et non en vertu de la police d’assurance invalidité. L’assureur eût-il été tenu de payer en vertu de la police, il a cessé de l’être à la suite du compromis.

[41] In my opinion, it would be inconsistent with the general thrust of the Supreme Court's jurisprudence to impose tax by looking behind the legal nature of the contract under which the payment was made to the underlying dispute. While the tension between form over substance and substance over form can never be definitively resolved, it seems to me that the Supreme Court has indicated it will be the exceptional case in which the Court should look beyond the legal arrangements made by the taxpayer, provided that they are not shams, something that was certainly not suggested in this case.

[42] The text of paragraph 6(1)(f), the principle that tax liability is generally imposed on the basis of the parties' transactions, and the absence of case law compelling a different conclusion in this case, are, in my opinion, sufficient to dispose of this appeal. However, I would also observe that the consequences of my colleague's view that paragraph 6(1)(f) applies to the "arrears" portion of the sum received by Ms. Tsiaprailis lend no support to the proposition that Parliament should be taken to have intended to subject it to taxation.

[43] First, the likely result of including a lump sum payment in Ms. Tsiaprailis' 1996 income is that she will pay income tax at a higher marginal rate than if she had received the same amount by way of disability insurance benefits on a monthly basis over the previous three years. Counsel put it succinctly: the Minister alleges that the amount of \$105,000 was payable periodically, but proposes to tax it as a lump sum. However, the retroactive averaging provisions contained in sections 110.2 [as enacted by S.C. 2000, c. 19, s. 17] and 120.31 [as enacted *idem*, s. 30] of the *Income Tax Act* may provide some relief: see, however, *Milliken v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2783 (T.C.C.), on the complexities and limited utility of these provisions.

[44] A case where a "substantive" analysis results in the imposition of additional tax on persons of limited means who have been, and may still be, unable to work as the result of a disability is not, in my respectful opinion, an appropriate occasion for departing from what

[41] À mon avis, ce serait aller à contre-courant de la jurisprudence de la Cour suprême que d'imposer une responsabilité fiscale en faisant abstraction de l'arrangement juridique au titre duquel a été payée la somme mettant fin au litige initial. On ne pourra jamais résoudre une fois pour toutes le conflit entre la forme et le fond, mais il me semble que, d'après la Cour suprême, rares seront les cas où les tribunaux devront aller au-delà des arrangements juridiques pris par le contribuable, pour autant qu'il ne s'agisse pas de fausses apparences, ce que nul n'a insinué ici.

[42] Le texte de l'alinéa 6(1)f), le principe selon lequel l'assujettissement à l'impôt prend généralement naissance en fonction des opérations des parties, et l'absence de précédents forçant une conclusion différente ici, voilà qui, à mon avis, suffit à disposer du présent appel. Cependant, je ferais aussi observer que les répercussions de l'avis de mon collègue selon lequel l'alinéa 6(1)f) s'applique à la portion «arriérés» de la somme reçue par M^{me} Tsiaprailis nous empêchent d'imaginer que le législateur ait pu vouloir la fiscaliser.

[43] D'abord, la conséquence probable de l'inclusion d'une somme forfaitaire dans le revenu de M^{me} Tsiaprailis pour l'année 1996 est qu'elle paiera l'impôt sur le revenu selon un taux marginal plus élevé que si elle avait reçu la même somme à la faveur de prestations d'assurance invalidité versées chaque mois au cours des trois dernières années. Son avocat résume brièvement la chose: le ministre affirme que la somme de 105 000 \$ était payable périodiquement, mais il se propose de l'imposer comme somme forfaitaire. Cependant, les dispositions rétroactives d'étalement du revenu contenues dans les articles 110.2 [édicte par L.C. 2000, ch. 19, art. 17] et 120.31 [édicte, *idem*, art. 30] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourraient apporter un soulagement: voir cependant, l'affaire *Milliken c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2783 (C.C.I.), qui expose la complexité et l'utilité restreinte de telles dispositions.

[44] Un cas où une analyse «de fond» entraîne l'imposition plus élevée de personnes aux moyens limités qui ont été, et qui sont peut-être encore, incapables de travailler en raison d'une invalidité ne saurait, à mon humble avis, justifier une entorse à ce qui

is now the dominant approach to the determination of liability to taxation.

[45] Second, to subject any part of the settlement payment to tax under paragraph 6(1)(f) is likely to reduce incentives to settle and to make it even more difficult than it already is to settle disability insurance claims. Courts should be reluctant to interpret legislation in a way that is apt to deter the settlement of litigation.

[46] Third, to bring lump sum settlement payments within paragraph 6(1)(f) may lead to an undesirable degree of arbitrariness in the imposition of taxation. Settlements are generally concluded on the basis of a total settlement figure and, in light of the existing case law, parties would not have thought it important to consider how much of this amount should be attributable to “arrears” and how much to future payments.

[47] In addition, unlike the settlement in this case, settlements may not even specify how the lump sum is allocated between past and future payments. Pelletier J.A. says that the taxpayer must establish the quantum of his or her income and, if the Minister is not satisfied that a proper attribution has been made between “arrears” and future payments, the Minister can make a reasonable attribution and, on appeal, the taxpayer may attempt to refute the Minister’s assumption. However, this leaves considerable discretion in the hands of the Minister and adds to the uncertainties surrounding the administration of income tax legislation.

[48] Finally, however, I must acknowledge that considerations of horizontal tax equity seem to militate in favour of taxing the lump sum in the hands of Ms. Tsiaprailis, since those to whom disability insurance benefits are paid on a periodic basis pay income tax on them. However, it is not always easy to determine whether taxpayers are similarly situated.

[49] For instance, even after the settlement, Ms. Tsiaprailis was not necessarily in the same situation as someone who had been receiving monthly payments pursuant to a disability insurance policy. The refusal of

est aujourd’hui l’approche dominante pour ce qui est de déterminer l’assujettissement à l’impôt.

[45] Deuxièmement, fiscaliser une portion quelconque du compromis en application de l’alinéa 6(1)f) risque d’affaiblir les encouragements à transiger et de rendre encore plus difficile qu’il ne l’est déjà le règlement des réclamations d’assurance invalidité. Les tribunaux devraient s’abstenir d’interpréter les lois d’une manière propre à dissuader les plaideurs de transiger.

[46] Troisièmement, faire relever de l’alinéa 6(1)f) les sommes forfaitaires résultant d’un compromis ou d’une transaction risque d’introduire un niveau peu souhaitable d’arbitraire dans les questions fiscales. Les compromis sont généralement négociés sur la base d’un chiffre total et, eu égard à la jurisprudence actuelle, les parties ne songeront pas à l’importance de préciser la portion de cette somme qui est attribuable aux «arriérés» et la portion qui est attribuable aux paiements futurs.

[47] De plus, contrairement au compromis dont il est question ici, les compromis souvent ne précisent même pas comment la somme forfaitaire est répartie entre paiements passés et paiements futurs. Le juge Pelletier dit que le contribuable doit établir le quantum de son revenu et, si le ministre n’est pas persuadé que la répartition entre «arriérés» et paiements futurs est juste, il peut procéder à une répartition raisonnable et, en appel, le contribuable peut tenter de réfuter l’hypothèse énoncée par le ministre. Cependant, ce procédé laisse un pouvoir considérable au ministre et ajoute aux incertitudes entourant l’administration des lois fiscales.

[48] Finalement, cependant, je dois reconnaître que des considérations d’équité fiscale horizontale semblent militer en faveur d’une imposition de la somme forfaitaire entre les mains de M^{me} Tsiaprailis, puisque ceux à qui sont versées périodiquement des prestations d’assurance invalidité sont taxés sur lesdites prestations. Cependant, il n’est pas toujours facile de dire si des contribuables se trouvent dans la même situation.

[49] Par exemple, même après le compromis, M^{me} Tsiaprailis n’était pas nécessairement dans la même situation qu’une personne qui avait reçu des paiements mensuels en vertu d’une police d’assurance invalidité. Le

an insurer to pay benefits may cause the insured person great anxiety or force them into debt, especially, of course, if they have only limited means at their disposal. The payment of interest on the “arrears” will not necessarily compensate for losses of these kinds, although they may be factored implicitly into the final settlement figure.

[50] In my opinion, the resolution of the apparent inequity on which the Crown relies in support of the view that paragraph 6(1)(f) includes lump sums paid pursuant to settlements of disputes claims under disability insurance contracts is better left to Parliament. In a scheme as complex as the *Income Tax Act*, fairness may be too elusive and multifaceted a concept to justify a court’s adopting an interpretation or application of particular provisions of the Act that does not sit comfortably with the language that Parliament has selected to convey its meaning and ignores the legal nature of the transactions entered into by the parties.

[51] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

refus d’un assureur de verser des prestations peut causer une grande anxiété chez l’assuré ou le contraindre à s’endetter, surtout évidemment si ses moyens financiers sont restreints. Les intérêts payés sur les «arriérés» ne compenseront pas nécessairement les préjudices de ce genre, encore qu’ils puissent être implicitement pris en compte dans le chiffre du compromis final.

[50] À mon avis, il vaut mieux laisser au législateur la tâche de résoudre l’injustice apparente sur laquelle s’appuie la Couronne au soutien de l’idée selon laquelle l’alinéa 6(1)f) s’applique aux sommes forfaitaires payées en vertu de compromis terminant des contestations au titre de contrats d’assurance invalidité. Dans un régime aussi complexe que la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’équité est une notion sans doute trop insaisissable, sans compter qu’elle présente des facettes multiples, pour qu’un tribunal puisse interpréter ou appliquer telle ou telle disposition de la Loi d’une manière qui ne cadre pas totalement avec le texte choisi par le législateur pour communiquer le message de la Loi, et qui ignore les véritables dispositions juridiques prises par les parties.

[51] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel, avec dépens.

A-661-01
2003 FCA 137

A-661-01
2003 CAF 137

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Antonija Siftar (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA v. SIFTAR (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Evans and Pelletier JJ.A.—
Toronto, November 28, 2002; Ottawa, March 17, 2003.

Income Tax — Income Calculation — Income from office or employment — Disability insurance plan — Case similar to Canada v. Tsiaprailis, heard concurrently herewith and reported at [2003] 4 F.C. 112, except that here settlement making no allocation between arrears, future entitlement — Case at bar also arising from motor vehicle accident but involving claims against two insurers for three causes of action — M.N.R. assessing taxpayer on basis all amounts received from disability insurer taxable — Taxpayer successful before T.C.C. which held disability insurer's contribution to settlement not taxable as not "payable on a periodic basis" — F.C.A. holding in Tsiaprailis portion of such settlement covering arrears is taxable — Application of Tsiaprailis where no allocation — No presumption there is "arrears" portion in every settlement — Nature of claim impacts upon structure of settlement — Failure to establish allocation not determinative of issue — Inquiry into makeup of settlement amount not precluded — In self-assessment tax system, for taxpayer to declare portion of settlement to be included in income — Agency can reassess if not satisfied taxpayer's declaration reflective of reality of transaction — Matter remitted to Minister for reassessment in accordance with this Court's decision in Tsiaprailis — Dissenting opinion: facts of case indicating more clearly than those in Tsiaprailis why inappropriate to treat any portion of lump sum payment as made pursuant to disability insurance contract, taxable under Income Tax Act, s. 6(1)(f) — Respondent, counsel acted on reasonable assumption division of total settlement figure between insurers not impacting on respondent's interests.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

Antonija Siftar (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SIFTAR (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, Evans et Pelletier, J.C.A.—
Toronto, 28 novembre 2002; Ottawa, 17 mars 2003.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu tiré d'une charge ou d'un emploi — Régime d'assurance invalidité — Affaire semblable à l'espèce Canada c. Tsiaprailis, instruite simultanément avec elle et publiée à [2003] 4 C.F. 112, sauf que, dans la présente affaire, le compromis ne prévoyait aucune répartition entre les arriérés et les droits futurs — La présente affaire résultait elle aussi d'un accident de la circulation, mais avait donné lieu à des réclamations à l'encontre de deux assureurs pour trois causes d'action — Le M.R.N. avait établi la cotisation de la contribuable en posant pour principe que toutes les sommes reçues par elle de l'assureur invalidité étaient imposables — La contribuable a obtenu gain de cause devant la C.C.I., qui a jugé que la contribution de l'assureur invalidité dans le compromis n'était pas imposable parce qu'il ne s'agissait pas d'une somme «payable périodiquement» — Dans l'affaire Tsiaprailis, la C.A.F. a jugé que la part d'un tel compromis qui est attribuable aux arriérés est imposable — Il s'agissait de savoir comment appliquer l'arrêt Tsiaprailis lorsqu'il n'y a aucune répartition — Il n'existe aucune présomption selon laquelle tout règlement d'une réclamation englobe une portion «arriérés» — La nature de la réclamation peut avoir une incidence sur la structure du compromis — L'absence d'une répartition ne permet pas de disposer du litige — Une telle absence ne saurait faire obstacle à un examen de la composition du compromis — Dans un système fiscal qui repose sur l'autocotisation, il appartient au contribuable de déclarer la partie d'un compromis qui doit figurer dans son revenu — Si l'Agence n'est pas convaincue que la déclaration du contribuable reflète la réalité de l'opération, elle peut lui envoyer une nouvelle cotisation — Affaire renvoyée au ministre pour nouvelle cotisation qui sera établie en conformité avec la décision rendue par la C.A.F. dans l'affaire Tsiaprailis — Opinion dissidente: les circonstances de cette affaire montraient, encore plus clairement que les circonstances de l'affaire Tsiaprailis, pourquoi il serait injuste de considérer toute partie de la somme forfaitaire payée au titre du compromis comme si cette somme avait été payée conformément au contrat d'assurance invalidité, la rendant, à ce titre, imposable en vertu de l'art. 6(1)(f) de la Loi de

l'impôt sur le revenu — L'intimée et son avocat s'étaient fondés sur l'hypothèse raisonnable selon laquelle le partage du compromis total entre les assureurs n'avait aucune incidence sur les intérêts de l'intimée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 6(1)(a),(f).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Tsiaprailis, [2003] 4 F.C. 112 (C.A.).

REFERRED TO:

Tsiaprailis v. Canada, 2002 DTC 1563 (T.C.C.).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2001 DTC 938) holding that no part of the disability insurer's contribution to a settlement payment to the taxpayer was taxable. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Daniel Bourgeois for appellant.
Ronald C. Reaume for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
CAW Legal Services Plan, Windsor, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: This case was, for all practical purposes, heard concurrently with *Canada v. Tsiaprailis*, [2003] 4 F.C. 112, in which this Court held that the portion of a settlement of a claim under a disability insurance policy attributable to payments in arrears is taxable in the hands of the insured pursuant to paragraph 6(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as amended. It was significant to the outcome of that case that the amount of the settlement attributable to arrears was clearly identified in the agreed statement of

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 6(1)(a),(f).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada c. Tsiaprailis, [2003] 4 C.F. 112 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Tsiaprailis c. Canada, 2002 DTC 1563 (C.C.I.).

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2001 DTC 938) qui avait jugé qu'aucune partie de la contribution d'un assureur invalidité dans la somme forfaitaire payée à la contribuable n'était imposable. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Daniel Bourgeois pour l'appelante.
Ronald C. Reaume pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.
CAW Legal Services Plan, Windsor, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Cette affaire a été, à toutes fins utiles, instruite en même temps que l'affaire *Canada c. Tsiaprailis*, [2003] 4 C.F. 112, où la Cour a jugé que, dans le règlement d'une réclamation selon une police d'assurance invalidité, la portion attribuable à des arriérés est imposable entre les mains de l'assuré en vertu de l'alinéa 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, et modifications. Il était significatif pour l'issue de l'affaire *Tsiaprailis* que la part du compromis attribuable aux arriérés ait été

facts and in the documents leading to the settlement. The question to be decided in this case is the treatment of a settlement when there is no allocation between different heads of damage.

[2] Ms. Siftar suffered injuries which gave rise to claims against two insurers for three causes of action. One claim was against the disability insurer under the plan provided for her by her employer. The other two claims were against a line insurer for no-fault benefits under the statutory scheme and, in addition, in its capacity as the liability insurer of the at-fault motorist. Because of the overlapping nature of the claims, negotiations were conducted between Ms. Siftar's counsel and one counsel on behalf of both insurers (who were separately represented). Counsel for Ms. Siftar was interested only in the quantum of the final settlement and was content to leave the apportionment of the settlement between defendants to them. Furthermore, there was no allocation between arrears and future rights of the portion of the settlement attributed to the disability insurer. The Minister assessed Ms. Siftar on the basis that all amounts received from the disability insurer were taxable. In reasons reported at 2001 DTC 938, the Tax Court of Canada held that no part of the disability insurer's contribution to settlement was taxable in Ms. Siftar's hands on the ground that it was not an amount "payable on a periodic basis".

[3] As noted above, the decision of this Court in *Tsiaprailis*, *supra*, decided that the portion of such a settlement attributable to arrears accruing due to the date of settlement is taxable. The issue, on the facts of this case, is to address how *Tsiaprailis* is to be applied in a case where there is no allocation.

[4] In my view, the question of whether a settlement of a disability insurance claim includes a component which represents payments payable on a periodic basis accruing due to the date of settlement is a question of fact, and one of the relevant facts is the intention of the parties.

clairement indiquée dans l'exposé conjoint des faits et dans les documents à l'origine du compromis. Le point à décider dans la présente affaire concerne la manière de considérer un compromis lorsqu'il n'y a pas d'allocation entre différents chefs de dommages.

[2] M^{me} Siftar a subi des blessures qui ont donné lieu à des réclamations à l'encontre de deux assureurs pour trois causes d'action. L'une des réclamations était dirigée contre l'assureur de l'invalidité, au titre du régime dont elle bénéficiait chez son employeur. Les deux autres réclamations étaient dirigées contre un assureur multirisque pour des prestations sans égard à la faute selon le régime réglementaire et, au surplus, en sa qualité d'assureur de la responsabilité civile de l'automobiliste responsable. Comme les réclamations chevauchaient, les négociations se sont déroulées entre l'avocat de M^{me} Siftar et un avocat occupant pour les deux assureurs (qui étaient séparément représentés). L'avocat de M^{me} Siftar n'était intéressé que dans le quantum du compromis final et s'est contenté de laisser aux défendeurs la répartition du compromis entre eux. Il n'y avait par ailleurs aucune répartition, entre les arriérés et les droits futurs, de la partie du compromis attribuée à l'assureur de l'invalidité. Le ministre a établi la cotisation de M^{me} Siftar en se fondant sur le principe selon lequel toutes les sommes reçues de l'assureur de l'invalidité étaient imposables. Dans des motifs publiés à 2001 DTC 938, la Cour canadienne de l'impôt a jugé qu'aucune portion de la contribution de l'assureur invalidité au compromis n'était imposable entre les mains de M^{me} Siftar, parce qu'il ne s'agissait pas d'une somme «payable périodiquement».

[3] Comme il est indiqué ci-dessus, la Cour fédérale a jugé dans l'affaire *Tsiaprailis*, précitée, que la part d'un tel compromis qui est attribuable à des arriérés qui sont exigibles à la date du compromis est imposable. Il s'agit, dans les circonstances de la présente affaire, de savoir comment l'arrêt *Tsiaprailis* doit être appliqué lorsqu'il n'y a aucune répartition.

[4] À mon avis, la question de savoir si un compromis portant sur une réclamation d'assurance invalidité renferme une composante qui représente des paiements payables périodiquement et exigibles à la date du compromis est une question de fait, et l'un des faits

There is no presumption that there is an “arrear” portion to every claim settlement. Furthermore, the nature of the claim can have a significant impact upon the structure of the settlement. All of these are factors which can influence the nature of the settlement to which the parties may come.

[5] Given that the question as to whether a portion of settlement amount is taxable under paragraph 6(1)(f) is a question of fact, the failure to establish an allocation cannot be determinative of the issue. Such failure is evidence to be considered in the light of the balance of the evidence, but it cannot, by itself, preclude an inquiry into the makeup of the settlement amount.

[6] Given that the basis of our tax system if self-assessment, it is for the taxpayer to declare the portion of a settlement which is to be included in his or her income. Given that one is dealing with the calculation of the value to be attributed to the right to receive a certain income stream over a period of time, and that these calculations proceed along predictable lines, there is a certain ability to determine whether declarations are reasonable or not. If the Agency is not satisfied that the taxpayer’s declaration reflects the reality of the transaction, then it can use the tools at its disposal under the Act to reassess the taxpayer. At that point, the taxpayer, who has the greater knowledge of his or her own affairs, bears the burden of establishing the facts in support of his or her position.

[7] In this case, the learned Tax Court Judge allowed the appeal on the basis that, as a matter of law, settlements of disability insurance claims were not payable on a periodic basis and were therefore not taxable pursuant to paragraph 6(1)(f) of the Act. As a result of this Court’s decision in *Tsiaprailis*, some portion of the settlement in this case may be taxable under paragraph 6(1)(f) of the Act. Consequently, the matter must be remitted to the Minister for reassessment in accordance with the decision of this Court in *Tsiaprailis*, *supra*, as well as these reasons.

[8] In the circumstances, I think it is appropriate that each party bear their own costs.

pertinents est l’intention des parties. Il n’existe aucune présomption selon laquelle tout règlement d’une réclamation englobe une portion «arriérés». Par ailleurs, la nature de la réclamation peut avoir une incidence notable sur la structure du compromis. Tous ces aspects sont des facteurs qui peuvent influencer sur la nature du compromis auquel les parties peuvent parvenir.

[5] Puisque la question de savoir si une portion d’un compromis est imposable selon l’alinéa 6(1)f) est un point de fait, l’absence d’une répartition ne permet pas de disposer du litige. Il s’agit d’un élément à prendre en compte à la lumière de l’ensemble de la preuve, mais cet élément ne saurait par lui-même faire obstacle à un examen de la composition du compromis.

[6] Étant donné que notre système fiscal repose sur l’autocotisation, il appartient au contribuable de déclarer la partie d’un compromis qui doit figurer dans son revenu. Étant donné que l’on a ici affaire au calcul de la valeur à attribuer au droit de recevoir un certain flux de revenu durant une période, et puisque ce calcul se fait selon des règles prévisibles, il y a moyen de dire si des déclarations sont raisonnables ou non. Si l’Agence n’est pas convaincue que la déclaration du contribuable reflète la réalité de l’opération, alors elle peut recourir aux instruments à sa disposition dans la Loi pour envoyer une nouvelle cotisation au contribuable. À ce stade, le contribuable, qui connaît le mieux ses propres affaires, a la charge d’établir les faits au soutien de sa position.

[7] En l’espèce, le juge de la Cour de l’impôt a fait droit à l’appel en se fondant sur le principe selon lequel, sur le plan juridique, le règlement d’une réclamation d’assurance invalidité n’est pas payable périodiquement et n’est donc pas imposable selon ce que prévoit l’alinéa 6(1)f) de la Loi. En application de l’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire *Tsiaprailis*, une partie du compromis négocié dans la présente affaire est sans doute imposable selon l’alinéa 6(1)f) de la Loi. Partant, l’affaire doit être renvoyée au ministre pour nouvelle cotisation établie en conformité avec la décision *Tsiaprailis*, précitée, ainsi qu’en conformité avec les présents motifs.

[8] Eu égard aux circonstances, je crois qu’il est juste que chacune des parties supporte ses propres dépens.

STRAYER J.A.: I agree.

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

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[9] EVANS J.A. (dissenting): This appeal was heard immediately before *Canada v. Tsiaprailis*, in which this Court allowed in part an appeal by the Crown from a decision of the Tax Court [2002 DTC 1563] that a lump sum paid pursuant to a settlement of an action for the non-payment of disability benefits under a contract of insurance with the claimant's employer was not subject to income tax.

[9] LE JUGE EVANS, J.C.A. (motifs dissidents): Le présent appel a été instruit juste avant l'affaire *Canada c. Tsiaprailis*, une affaire dans laquelle la Cour a accueilli en partie un appel formé par la Couronne contre une décision de la Cour de l'impôt [2002 DTC 1563] pour qui une somme forfaitaire payée conformément au règlement d'une action pour non-paiement des prestations d'invalidité prévues par un contrat d'assurance conclu avec l'employeur du réclamant n'était pas soumise à l'impôt sur le revenu.

[10] The issue to be decided in this appeal is the same as that in *Tsiaprailis*. However, there are some factual differences between that case and the instant appeal. For example, Ms. Siftar's settlement was part of an overall settlement with the disability benefits insurer and another insurer. The claims were not only for the non-payment of disability benefits, but also for tort damages and statutory no-fault benefits. While Ms. Siftar's lawyer agreed to an overall settlement for \$122,500, he was not involved in its allocation among the three components because, he assumed, it was of no concern to his client.

[10] Le point à décider dans le présent appel est le même que dans l'affaire *Tsiaprailis*. Cependant, il y a quelques différences factuelles entre l'affaire *Tsiaprailis* et le présent appel. Par exemple, le compromis de M^{me} Siftar s'inscrivait dans un compromis global conclu avec l'assureur invalidité et un autre assureur. Les réclamations portaient non seulement sur le non-paiement de prestations d'invalidité, mais également sur une responsabilité délictuelle et sur des prestations réglementaires sans égard à la faute. L'avocat de M^{me} Siftar a consenti à un compromis global de 122 500 \$, mais il n'est pas intervenu dans la répartition de ce compromis parmi ses trois composantes parce que, selon lui, cela ne concernait pas sa cliente.

[11] In addition, the \$44,495.83 that the disability insurer paid in 1997 as its portion of the \$122,500, in full and final settlement of Ms. Siftar's action for the non-payment of disability benefits, included an unquantified amount for interest, legal fees, disbursements and GST.

[11] En outre, la somme de 44 495,83 \$ que l'assureur de l'invalidité avait payée en 1997 et qui représentait sa partie de la somme de 122 500 \$, en règlement complet et final de l'action de M^{me} Siftar pour non-paiement de prestations d'invalidité, comprenait une somme indéterminée représentant les intérêts, les honoraires, les débours et la TPS.

[12] Moreover, unlike the settlement in *Tsiaprailis*, Ms. Siftar's settlement with the disability insurer did not reveal on what basis the parties had concluded that \$44,495.83 was regarded as an appropriate amount to settle her claim for compensation, nor did it allocate the

[12] De plus, contrairement au compromis dont il est question dans l'affaire *Tsiaprailis*, le compromis de M^{me} Siftar avec l'assureur de l'invalidité n'indiquait pas sur quelle base les parties avaient conclu que la somme de 44 495,83 \$ était jugée adéquate pour le règlement de sa

total sum paid between “arrears” and future payments.

[13] The disability insurer issued a T4A for \$44,495.83 but, because Ms. Siftar did not include this amount in her income, the Minister reassessed and included the lump sum in her income for 1997. Ms. Siftar appealed to the Tax Court from the reassessment.

[14] In my opinion, the facts of this case indicate even more clearly that those in *Tsiaprailis* why it would be inappropriate to treat any portion of the lump sum payment made to Ms. Siftar under the settlement as if it were made pursuant to the disability insurance contract, “payable on a periodic basis” and, as such, taxable as income under paragraph 6(1)(f).

[15] In particular, I would note that Ms. Siftar and her counsel acted on the reasonable assumption that the division of the total settlement figure between the insurers had no impact on Ms. Siftar’s interests, and therefore need not concern him. Nor is there any indication of how the payment made by the disability insurer was allocated between “arrears” and future payments or whether it included any other item that might have been claimed as general damages for breach of contract.

[16] For these reasons, and for those that I gave in *Tsiaprailis*, I would dismiss the appeal with costs.

demande d’indemnité, et le compromis ne répartissait pas non plus la somme totale payée entre les «arriérés» et les paiements futurs.

[13] L’assureur de l’invalidité a émis un T4A pour la somme de 44 495,83 \$, mais, parce que M^{me} Siftar n’a pas inclus cette somme dans son revenu, le ministre a établi une nouvelle cotisation et inclus la somme forfaitaire dans son revenu de l’année 1997. M^{me} Siftar a fait appel de la nouvelle cotisation à la Cour de l’impôt.

[14] À mon avis, les circonstances de la présente affaire montrent, encore plus clairement que les circonstances de l’affaire *Tsiaprailis*, pourquoi il serait injuste de considérer toute partie de la somme forfaitaire payée à M^{me} Siftar au titre du compromis comme si cette somme avait été payée conformément au contrat d’assurance invalidité, «payable périodiquement» et, à ce titre imposable en tant que revenu en vertu de l’alinéa 6(1)f).

[15] Je ferais observer notamment que M^{me} Siftar et son avocat ont agi en se fondant sur l’hypothèse raisonnable selon laquelle le partage du compromis total entre les assureurs n’avait aucune incidence sur les intérêts de M^{me} Siftar et que par conséquent son avocat n’avait pas à s’en préoccuper. Il n’est fait état nulle part non plus de la manière dont le paiement effectué par l’assureur de l’invalidité a été réparti entre les «arriérés» et les paiements futurs, et l’on n’indique nulle part si ce paiement comprenait un autre poste qui aurait pu être réclamé à titre de dommages-intérêts généraux pour rupture de contrat.

[16] Pour ces motifs, et pour ceux que j’ai exposés dans l’affaire *Tsiaprailis*, je rejetterais l’appel, avec dépens.

IMM-1254-02
2003 FCT 362

IMM-1254-02
2003 CFPI 362

Mysay Bouttavong (*Applicant*)

Mysay Bouttavong (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: BOUTTAVONG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BOUTTAVONG c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, O'Keefe J.—Winnipeg, October 21, 2002; Ottawa, March 27, 2003.

Section de première instance, juge O'Keefe—Winnipeg, 21 octobre 2002; Ottawa, 27 mars 2003.

Practice — Mootness — Application for judicial review of danger opinion — Permanent resident convicted of serious offences, sentenced to three years' imprisonment — Deportation ordered — Minister's position: application moot in view of new legislation whereunder applicant ineligible to make refugee claim, without right of appeal to Immigration Appeal Division — Teaching of S.C.C. in Borowski v. Canada (Attorney General) followed — Two-step analysis — Whether tangible concrete dispute disappeared — If answer "yes", should Court, even so, exercise discretion to hear case — Relevant statutory provisions considered — Under new legislation, danger opinion concept replaced by one of serious criminality — On facts of case, law as now stands, even if applicant successful herein, remaining ineligible to have claim determined or to appeal — Court would not exercise discretion, no live controversy remaining, no collateral consequences providing adversarial context — Not case of recurring nature, no special circumstances justifying use of scarce judicial resources.

Pratique — Caractère théorique — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada — Résident permanent reconnu coupable de diverses infractions et condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans — Une mesure d'expulsion a été prononcée — Position du ministre: la demande est devenue théorique compte tenu de la nouvelle Loi qui empêche le demandeur de revendiquer le statut de réfugié et le prive du droit d'en appeler à la section d'appel de l'immigration — Les enseignements de l'arrêt Borowski c. Canada (Procureur général), rendu par la C.S.C., ont été suivis — Analyse en deux étapes — Le différend concret et tangible a-t-il disparu? — Si la réponse est affirmative, la Cour devrait-elle, malgré cela, exercer son pouvoir discrétionnaire et juger l'affaire? — Examen des dispositions législatives applicables — Dans la nouvelle loi, la notion de danger pour le public au Canada a été remplacée par la notion de grande criminalité — Vu les circonstances de cette affaire, et compte tenu de la loi actuelle, même si le demandeur obtient ici gain de cause, il demeurera privé du droit de faire juger sa revendication et du droit de faire appel — La Cour a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire, il ne restait aucun litige actuel, et il ne subsistait pas de conséquences accessoires fournissant le contexte contradictoire nécessaire — Il ne s'agissait pas d'une affaire de nature récurrente, et aucune circonstance spéciale ne pouvait justifier que soient consacrées à cette affaire des ressources judiciaires comptées.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Laos native came to Canada in 1991 as government-sponsored displaced person — Became permanent resident — In 2000, convicted of trafficking in cocaine, contrary to Controlled Drugs and Substances Act and obtaining sexual services of juvenile prostitute, contrary to Criminal Code — Three-year sentence imposed — Minister's delegate forming opinion applicant dangerous to public — Deportation ordered — MCI arguing

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Le demandeur était un Laotien, arrivé au Canada en 1991 en tant que personne déplacée parrainée par le gouvernement — Il est devenu résident permanent — En 2000, il a été reconnu coupable de s'être livré au trafic de cocaïne, une infraction contraire à la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, et d'avoir illégalement obtenu les services sexuels d'une prostituée juvénile, une infraction contraire au Code criminel

judicial review application moot due to coming into force of Immigration and Refugee Protection Act which replaced Immigration Act — Applicant now ineligible to make refugee claim, having no right of appeal to Immigration Appeal Division — Danger opinion concept replaced by one of serious criminality (convicted of offence punishable by 10 years' or more imprisonment or receiving sentence exceeding 6 months) — Even if successful herein, applicant still ineligible to have claim determined by Refugee Protection Division — Application not entertained as moot.

The sole issue argued upon this application for the judicial review of a decision by the Minister's delegate that applicant was a danger to the public was whether it was moot.

Applicant, a Laos native, came to Canada in 1991 as a government-sponsored displaced person. While he became a permanent resident, he is not a citizen. In 2000, applicant was convicted of two offences: trafficking in cocaine and obtaining, for consideration, the sexual services of a juvenile prostitute. He was involved at a "crack house" where, on two occasions, he had intercourse with a 14-year-old girl in return for crack cocaine. He was sentenced to three years' imprisonment. In April, 2001 an immigration officer signed a section 27 report reporting these convictions to the Deputy Minister of Citizenship and Immigration. Applicant was then notified of an intention to seek the Minister's opinion under subsection 70(5) and subparagraph 46.01(1)(e)(iv) of the *Immigration Act* that he constituted a public danger. Following the usual steps in the process, a delegate of the Minister indicated having formed the opinion that applicant was indeed a danger and applicant was so advised in writing. In April 2002, applicant's deportation was ordered subsequent to an inquiry. He was scheduled for an interview with regard to his Convention refugee claim.

The Minister's position was that this application became moot with the coming into force of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), on June 28, 2002. It was argued that, under sections 64 and 101, applicant is ineligible

— Condamnation à une peine d'emprisonnement de trois ans — La représentante du ministre est arrivée à la conclusion que le demandeur constituait un danger pour le public — Une mesure d'expulsion a été prononcée — Le MCI a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire était devenue théorique en raison de l'entrée en vigueur de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui remplaçait la Loi sur l'immigration — Le demandeur n'était plus admissible à revendiquer le statut de réfugié, puisqu'il ne pouvait plus en appeler à la section du statut de réfugié — La notion de danger pour le public a été remplacée par la notion de grande criminalité (le fait d'être déclaré coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans ou d'être condamné à un emprisonnement de plus de six mois) — Même s'il obtenait ici gain de cause, le demandeur demeurerait privé du droit de faire juger sa revendication par la section du statut de réfugié — Demande déclarée irrecevable parce que théorique.

Le seul point plaidé dans cette demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la représentante du ministre selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public était de savoir si la demande était ou non théorique.

Le demandeur, un ressortissant laotien, est arrivé au Canada en 1991 en tant que personne déplacée parrainée par le gouvernement. Il est devenu résident permanent, mais il n'est pas citoyen canadien. En 2000, le demandeur a été reconnu coupable de deux infractions: trafic de cocaïne et obtention, contre rémunération, des services sexuels d'une prostituée juvénile. Le demandeur jouait un rôle dans une «maison de crack», où, à deux reprises, il avait eu des rapports sexuels avec une fille âgée de 14 ans, en échange de cocaïne crack. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans. En avril 2001, une agente d'immigration signalait un rapport selon l'article 27, dans lequel elle signalait au sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration les déclarations de culpabilité prononcées contre le demandeur. Le demandeur a alors reçu un avis de l'intention d'obtenir du ministre, en application du paragraphe 70(5) et du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la *Loi sur l'immigration*, une décision selon laquelle il constituait un danger pour le public. Après avoir suivi les procédures habituelles, une représentante du ministre a dit qu'elle était arrivée à la conclusion que le demandeur constituait effectivement un danger pour le public, et le demandeur fut informé par écrit de cette décision. En avril 2002, une enquête a eu lieu, et une mesure d'expulsion du demandeur a été prononcée. Le demandeur devait rencontrer un agent principal à propos de sa revendication du statut de réfugié.

La position du ministre est que cette demande est devenue théorique à l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) le 28 juin 2002. Il a fait valoir que, selon les articles 64 et 101, le demandeur n'est pas

to make a refugee claim and does not have a right of appeal to the Immigration Appeal Division. Whether the Minister erred in reaching the danger opinion is now a mere academic question. The Minister accordingly suggests that the matter is moot and that this Court ought not exercise its discretion to entertain this application.

Held, the application is moot and the Court declined to exercise its discretion to hear it.

In any consideration of mootness, reference had to be made to the teaching of the Supreme Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)* which confirmed the approach in recent cases of conducting a two-step analysis to determine whether a present live controversy exists which affects the rights of the parties. It has first to be determined whether the required tangible, concrete dispute has disappeared so that the issues have become academic. Secondly, if the answer is “yes”, the Court must decide whether, even so, it should exercise its discretion to hear the case. In the initial step of the analysis, the relevant statutory provisions had to be considered. Under *Immigration Act*, subsection 46.01(1), a person found to constitute a public danger is ineligible to have his claim determined by the Refugee Division. Subsection 70(5) of the same statute provides that one found to be a danger may not appeal a deportation order or conditional deportation order to the Appeal Division. Under the new legislation—the IRPA—the concept of a finding of danger to the public in Canada has been replaced by the concept of serious criminality: subsection 36(1) of the IRPA provides that a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality if here convicted of an offence punishable by imprisonment for at least 10 years or if sentenced to a term of more than six months. Under section 101, a claim is not ineligible for referral to the Refugee Protection Division on account of serious criminality unless the offence of which convicted is punishable by a maximum sentence of at least 10 years and for which a sentence of at least two years was imposed. On the trafficking conviction, applicant could have received a life sentence but was sentenced to a term of three years. That means that, even were he successful upon this application, he would remain ineligible to have his claim determined by the Refugee Protection Division. And, under section 64 of the IRPA, he would have no right to appeal to the Immigration Appeal Division. In the result, the question whether applicant is a public danger has become academic and the matter is moot.

admissible à revendiquer le statut de réfugié et est privé du droit d’en appeler à la Section d’appel de l’immigration. La question de savoir si le ministre a jugé à tort que le demandeur constitue un danger pour le public est aujourd’hui une question purement théorique et dépourvue d’intérêt pratique. Le ministre exprime donc l’avis que l’affaire est théorique et que la Cour devrait, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de juger cette demande.

Jugement: la demande est théorique, et la Cour a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de juger l’affaire.

Dans tout débat sur le principe du caractère théorique, il convient de s’en remettre à l’arrêt clé de la Cour suprême du Canada en la matière, l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, qui confirmait l’approche suivie dans des affaires récentes consistant à faire une analyse en deux temps afin de déterminer s’il existe un différend concret et tangible susceptible de modifier les droits des parties. Il faut d’abord se demander si le différend concret et tangible a disparu de telle sorte que les questions sont devenues théoriques. Deuxièmement, si la réponse est affirmative, la Cour doit décider si, malgré cela, elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et juger l’affaire. Au premier stade de l’analyse, les dispositions législatives applicables devaient être examinées. Selon le paragraphe 46.01(1) de la *Loi sur l’immigration*, une personne déclarée dangereuse pour le public n’est pas admissible à faire juger sa revendication par la section du statut de réfugié. Le paragraphe 70(5) de la même loi prévoit qu’une personne déclarée dangereuse pour le public ne peut faire appel à la section d’appel lorsqu’une mesure d’expulsion ou une mesure d’expulsion conditionnelle est prononcée contre elle. Dans la nouvelle loi—la LIPR—la notion de danger pour le public au Canada a été remplacée par la notion de grande criminalité: le paragraphe 36(1) de la LIPR prévoit qu’un résident permanent ou un ressortissant étranger est passible d’interdiction de territoire pour cause de grande criminalité s’il est déclaré coupable au Canada d’une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans ou s’il est condamné à une peine d’emprisonnement de plus de six mois. Selon l’article 101, l’interdiction de territoire pour grande criminalité n’emporte irrecevabilité de la demande devant la Section de la protection des réfugiés que si elle concerne une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans pour laquelle un emprisonnement d’au moins deux ans a été infligé. Pour avoir été reconnu coupable de trafic de cocaïne, le demandeur aurait pu être condamné à une peine d’emprisonnement à perpétuité, mais il a été condamné à une peine d’emprisonnement de trois ans. Par conséquent, même s’il était fait droit à cette demande, le demandeur serait empêché de soumettre une revendication à la Section de la protection des réfugiés. Et, en application de l’article 64 de la LIPR, le demandeur serait privé du droit de faire appel à la Section d’appel de l’immigration. En résumé,

Turning to the second issue, two of the three factors that *Borowski* taught as having to be considered by a court in deciding whether it should exercise its discretion, went against hearing this application. First, with the coming into force of the IRPA, no live controversy remains. Nor are there any collateral consequences of the outcome that would provide the necessary adversarial context. As for the second factor to be considered, there were here no special circumstances that would justify the use of scarce judicial resources in entertaining this application. There was nothing to suggest that this case is of a recurring nature. Thirdly, for a court to pronounce a judgment in the absence of a dispute affecting the rights of parties could be perceived as an intrusion into the domain of the legislative branch. That is, however, not a problem in the case at bar as the Court would be exercising its traditional role. But, in *Borowski*, Sopinka J. noted that all three factors may not support the same conclusion. In any event, the decision of the Court was to not exercise its discretion to hear this application.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(1),(3)(a), Sch. I, item 2.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 212(4) (as am. by S.C. 1999, c. 5, s. 8).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 64, 101, 112, 113, 114.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 350(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

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.

APPLICATION for judicial review of the decision of a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration that applicant was a danger to the public. Application not entertained as moot.

la question de savoir si le demandeur constitue un danger pour le public est devenue théorique, et l'affaire est dépourvue d'intérêt pratique.

S'agissant du deuxième point, deux des trois facteurs dont, selon l'arrêt *Borowski*, un tribunal doit tenir compte pour savoir s'il doit ou non exercer son pouvoir discrétionnaire militaient contre l'instruction de cette demande. D'abord, avec l'entrée en vigueur de la LIPR, il ne restait aucun litige actuel. Il ne subsistait pas non plus de conséquences accessoires à la solution du litige qui eussent pu fournir le contexte contradictoire nécessaire. Quant au deuxième facteur, il n'y avait aucune circonstance spéciale pouvant justifier que soient consacrées à cette demande des ressources judiciaires comptées. Au vu du dossier, cette affaire n'était pas de nature récurrente. Troisièmement, la décision d'un tribunal de rendre jugement en l'absence d'un différend susceptible de modifier les droits des parties pourrait être vue comme un empiètement sur la fonction législative. En l'espèce, ce n'était pas cependant un problème car la Cour exercerait son rôle traditionnel. Mais, dans l'arrêt *Borowski*, le juge Sopinka avait relevé que les trois facteurs peuvent ne pas tous militer en faveur de la même conclusion. Quoi qu'il en soit, la Cour a résolu de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire et de ne pas juger cette demande.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 212(4) (mod. par L.C. 1999, ch. 5, art. 8).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(1),(3)a, ann. I, numéro 2.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 64, 101, 112, 113, 114.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 350(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

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.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, pour qui le demandeur constituait un danger pour le public. Demande déclarée irrecevable parce que théorique.

APPEARANCES:

David Matas for applicant.
Sharlene Telles-Langdon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] O'KEEFE J.: This is an application for judicial review of a decision of a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration finding the applicant to be a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] and paragraph 46.01(1)(e) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended.

[2] At the commencement of the hearing, the parties agreed to argue only the issue of mootness of the application.

[3] The applicant seeks an order of *certiorari* quashing the decision that he constitutes a danger to the public in Canada.

Background

[4] The applicant, Mysay Bouttavong was born in Laos. On April 16, 1991 he came to Canada as a government-sponsored displaced person. He became a permanent resident. He is not a Canadian citizen.

[5] On November 27, 2000, the applicant was convicted of trafficking in cocaine contrary to subsection 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 and of unlawfully obtaining for consideration the sexual services of a person under the age of 18 years (juvenile prostitution) contrary to subsection 212(4) [as am. by S.C. 1999, c. 5, s. 8] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

ONT COMPARU:

David Matas pour le demandeur.
Sharlene Telles-Langdon pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David Matas, Winnipeg, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration qui a estimé que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada, en application du paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] et de l'alinéa 46.01(1)e) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, et modifications.

[2] Au début de l'audience, les parties se sont entendues pour ne plaider que l'aspect du caractère théorique de la demande.

[3] Le demandeur voudrait que soit rendue une ordonnance de *certiorari* annulant la décision selon laquelle il constitue un danger pour le public au Canada.

Les faits

[4] Le demandeur, Mysay Bouttavong, est né au Laos. Le 16 avril 1991, il est arrivé au Canada en tant que personne déplacée parrainée par le gouvernement. Il est devenu résident permanent. Il n'est pas citoyen canadien.

[5] Le 27 novembre 2000, le demandeur était reconnu coupable de s'être livré au trafic de cocaïne, une infraction contraire au paragraphe 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et d'avoir illégalement obtenu contre rémunération les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans (prostitution juvénile), une infraction contraire au paragraphe 212(4) [mod. par L.C. 1999, ch. 5, art. 8] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[6] The applicant's convictions stemmed from his involvement in a "crack house". At the house, girls between the ages of approximately 12 and 15 were befriended by older men and invited to use crack cocaine. Initially, the crack cocaine was supplied without conditions. Once the girls became addicted, the men would demand sexual acts in exchange for the drug. The applicant was 40 years old when he engaged, on two occasions, in sexual intercourse with a 14 year-old girl in exchange for crack cocaine.

[7] For his two convictions, the applicant was sentenced to two, three-year terms of incarceration to run concurrently, commencing November 27, 2000.

[8] On April 5, 2001, Debbie Jacobucci, an immigration officer at the Ministry of Citizenship and Immigration in Winnipeg, Manitoba, signed a "Report under Section 27 of the *Immigration Act*", reporting the convictions of the applicant to the Deputy Minister of Citizenship and Immigration, and recommending an inquiry.

[9] By letter dated April 17, 2001, the applicant received "Notice of intention to seek the opinion of the Minister pursuant to subsection 70(5) and subparagraph 46.01(1)(e)(iv) of the *Immigration Act* that you are a danger to the public in Canada".

[10] The letter, signed by John Nychek, manager of Citizenship and Immigration in Winnipeg, Manitoba, states:

If the Minister is of the opinion that you are a danger to the public in Canada, under subsection 70(5) of the *Immigration Act*, you will not have a right to appeal a deportation order to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board and pursuant to subparagraph 46.01(1)(e)(iv) of the Act, if you have made or intend to make a refugee claim it will not be referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board for determination.

[11] The letter provided a list of the material to be provided to the Minister for consideration and included

[6] Les condamnations du demandeur résultaient du rôle qu'il jouait dans une «maison de crack». À cet endroit, des jeunes filles âgées de 12 à 15 ans étaient accueillies par des hommes adultes qui les invitaient à consommer de la cocaïne crack. Au début, la cocaïne crack leur était fournie sans conditions. Une fois les filles devenues dépendantes, les hommes exigeaient des faveurs sexuelles en échange de la drogue. Le demandeur était âgé de 40 ans lorsqu'il a eu à deux occasions des rapports sexuels avec une fille âgée de 14 ans, en échange de cocaïne crack.

[7] Pour les deux déclarations de culpabilité, le demandeur a été condamné à deux peines d'emprisonnement de trois ans, qui devaient être purgées concurremment à compter du 27 novembre 2000.

[8] Le 5 avril 2001, Debbie Jacobucci, une agente d'immigration au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à Winnipeg (Manitoba), signait un «rapport selon l'article 27 de la *Loi sur l'immigration*», qui signalait au sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration les déclarations de culpabilité prononcées contre le demandeur et qui recommandait une enquête.

[9] Par lettre datée du 17 avril 2001, le demandeur recevait un «avis de l'intention d'obtenir du ministre, en application du paragraphe 70(5) et du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la *Loi sur l'immigration*, une décision selon laquelle vous constituez un danger pour le public au Canada».

[10] La lettre, signée par John Nychek, directeur de Citoyenneté et Immigration à Winnipeg, au Manitoba, contient le passage suivant:

[TRADUCTION] Si le ministre exprime l'avis que vous constituez un danger pour le public au Canada, vous n'aurez pas, ainsi que le prévoit le paragraphe 70(5) de la Loi sur l'immigration, le droit de faire appel d'une mesure d'expulsion à la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et, si vous avez revendiqué ou avez l'intention de revendiquer le statut de réfugié, votre revendication ne sera pas, en application du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la Loi, soumise pour décision à la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[11] La lettre renfermait une liste des documents qui allaient être soumis à l'examen du ministre et contenait

a copy of the same material. Two of the documents listed were resent on May 14, 2001 as they were originally missing the signature of the manager. The letter also invited the applicant to make submissions regarding whether or not he is a danger to the public, whether compelling humanitarian or compassionate considerations are present in his case and the extent to which his life or freedom would be threatened by removal from Canada. The applicant made submissions in response.

[12] The letter, the accompanying material, and the applicant's submission were forwarded to the case management branch in Ottawa. Debbie Jacobucci, immigration officer, and John Nychek, manager, at the Ministry of Citizenship and Immigration in Winnipeg, Manitoba, recommended that the Minister be asked for a public danger opinion. The recommendation was signed by Debbie Jacobucci on May 9, 2001 and by John Nychek on June 22, 2001.

[13] On July 18, 2001 a "Request for Minister's Opinion" was prepared by an analyst. On July 19, 2001, a senior analyst indicted his concurrence with the recommendation to seek a danger opinion from the Minister. This report was sent to the applicant who then made further submissions on October 15, 2001.

[14] On February 15, 2002, a delegate of the Minister indicated that she had formed the opinion that the applicant constituted a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5) and paragraph 46.01(1)(e) of the *Immigration Act, supra*. By letter dated February 22, 2002, from immigration officer, Debbie Horoshok (formerly Jacobucci), the applicant was informed of this decision.

[15] The Minister's opinion stated:

In forming my opinion, I have considered the Ministerial Opinion Report and the documentary evidence presented by local Immigration officials to support their recommendation that Mysay BOUTTAVONG, born October 10, 1958, citizen of Laos, constitutes a danger to the public pursuant to subsection 70(5) and paragraph 46.01(1)(e) of the *Immigration*

une copie des documents en question. Deux des documents énumérés furent de nouveau envoyés le 14 mai 2001 parce qu'à l'origine ils ne portaient pas la signature du directeur. La lettre invitait aussi le demandeur à présenter des conclusions indiquant s'il constitue ou non un danger pour le public, si son cas présente des considérations humanitaires impérieuses et si sa vie ou sa liberté seraient menacées par son éventuel renvoi du Canada. Le demandeur a présenté des conclusions.

[12] La lettre, les documents qui l'accompagnaient, et les arguments du demandeur, ont été communiqués à la Direction générale de la gestion des cas, à Ottawa. Debbie Jacobucci, agente d'immigration, et John Nychek, directeur, au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à Winnipeg (Manitoba), ont recommandé qu'il soit demandé au ministre de rendre une décision selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. La recommandation était signée par Debbie Jacobucci le 9 mai 2001 et par John Nychek le 22 juin 2001.

[13] Le 18 juillet 2001, une «demande de décision ministérielle» était rédigée par un analyste. Le 19 juillet 2001, un analyste principal donnait son assentiment à la recommandation d'obtenir du ministre la décision en question. Le rapport fut envoyé au demandeur, qui présenta alors de nouvelles conclusions le 15 octobre 2001.

[14] Le 15 février 2002, une représentante du ministre a dit qu'elle était arrivée à la conclusion, en application du paragraphe 70(5) et de l'alinéa 46.01(1)e) de la *Loi sur l'immigration*, que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. Par une lettre de l'agente d'immigration Debbie Horoshok (auparavant Jacobucci) datée du 22 février 2002, le demandeur fut informé de cette décision.

[15] La décision ministérielle était ainsi formulée:

[TRADUCTION] Pour arriver à ma décision, j'ai tenu compte du rapport de décision ministérielle et de la preuve documentaire présentée par les agents locaux d'Immigration au soutien de leur conclusion selon laquelle Mysay BOUTTAVONG, né le 10 octobre 1958, de nationalité laotienne, constitue un danger pour le public, en application du paragraphe 70(5) et de

Act, as well as the information contained in the Request for Minister's Opinion report dated July 19, 2001 and supporting material. I have also carefully considered the information received from the client/Counsel received May 7, 2001, including his final submissions dated October 15, 2001, which is addressed in the disclosure page, as well as any and all humanitarian and compassionate considerations that may exist in this case. The information presented by the client/Counsel has failed to persuade me that the recommendation forwarded by local Immigration officials that Mysay BOUTTAVONG constitutes a danger to the public should not be followed in this case. I am satisfied that the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion adequately reflect the basis for my conclusion that Mysay Bouttavong constitutes a danger to the public in Canada.

[16] On April 10, 2002 an inquiry was held and the applicant was ordered deported. The applicant filed a notice of appeal on April 10, 2002. On April 19, 2002, the applicant was scheduled to have an interview with a senior immigration officer regarding his claim to be a Convention refugee.

Applicant's Submissions

[17] The applicant argued that this matter was moot and cited sections 112 to 114 of the IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] in support of his argument.

Respondent's Submissions

[18] In the respondent's further memorandum of argument, the respondent submits that this application became moot on the coming into force of the IRPA on June 28, 2002. First, the respondent submits there is no longer a live controversy or concrete dispute now that the IRPA has replaced the *Immigration Act*. Specifically, the respondent submits that pursuant to section 64 and section 101 of IRPA, the applicant is not eligible to make a refugee claim, and has no right of appeal to the Immigration Appeal Division. As such, the respondent submits whether the Minister erred in finding the applicant constitutes a danger to the public in Canada pursuant to paragraph 46.01(1)(e) and subsection 70(5) of the *Immigration Act* is purely an academic question and is therefore moot. Second, the respondent submits the Court should not exercise its discretion to hear this judicial review application.

l'alinéa 46.01(1)e) de la *Loi sur l'immigration*, ainsi que des renseignements contenus dans la demande de décision ministérielle datée du 19 juillet 2001, et des documents à l'appui. J'ai aussi étudié attentivement l'information reçue le 7 mai 2001 du client ou de son avocat, notamment ses conclusions finales datées du 15 octobre 2001, information qui apparaît sur la page de communication de la preuve, et j'ai aussi examiné toutes les considérations humanitaires pouvant exister dans ce dossier. L'information présentée par le client ou son avocat ne m'a pas persuadée que la conclusion des agents locaux d'immigration selon laquelle Mysay BOUTTAVONG constitue un danger pour le public devrait ici être ignorée. Je suis persuadée que le rapport de décision ministérielle et la demande de décision ministérielle m'autorisent tout à fait à conclure que Mysay Bouttavong constitue un danger pour le public au Canada.

[16] Le 10 avril 2002, une enquête eut lieu, et une mesure d'expulsion du demandeur fut prononcée. Le demandeur a déposé un avis d'appel le 10 avril 2002. Le 19 avril 2002, le demandeur devait rencontrer un agent principal à propos de sa revendication du statut de réfugié.

Conclusions du demandeur

[17] Le demandeur, s'appuyant sur les articles 112 à 114 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR), a fait valoir que cette affaire n'était pas dépourvue d'intérêt pratique.

Conclusions du défendeur

[18] Dans l'exposé supplémentaire des arguments du défendeur, le défendeur affirme que cette demande est devenue théorique à l'entrée en vigueur de la LIPR, c'est-à-dire le 28 juin 2002. D'abord, de dire le défendeur, il n'y a plus de litige actuel ou de différend concret maintenant que la LIPR a remplacé la *Loi sur l'immigration*. Le défendeur affirme notamment que, d'après l'article 64 et l'article 101 de la LIPR, le demandeur n'est pas admissible à revendiquer le statut de réfugié et est privé du droit d'en appeler à la Section d'appel de l'immigration. Par conséquent, d'affirmer le défendeur, la question de savoir si le ministre a jugé à tort que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, ainsi que le prévoit l'alinéa 46.01(1)e) et le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, est aujourd'hui une question purement théorique et dépourvue d'intérêt pratique. Deuxièmement, le

défendeur affirme que la Cour devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de juger cette demande de contrôle judiciaire.

[19] Issues

1. Is the matter moot?
2. If the matter is moot, should the Court exercise its discretion and hear the matter?

Relevant Statutory Provisions

[20] The relevant statutory provisions of the *Immigration Act*, state as follows:

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

...

(e) has been determined by an adjudicator to be

(i) a person described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada,

(ii) a person described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that it would be contrary to the public interest to have the claim determined under this Act,

(iii) a person described in subparagraph 27(1)(a.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada, or

(iv) a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada.

...

70. . . .

(5) No appeal may be made to the Appeal Division by a person described in subsection (1) or paragraph (2)(a) or (b) against whom a deportation order or conditional deportation order is made where the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada and the person has been determined by an adjudicator to be

[19] Points en litige

1. La question est-elle théorique?
2. Si la question est théorique, la Cour devrait-elle néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et juger l'affaire?

Dispositions législatives applicables

[20] Les dispositions applicables de la *Loi sur l'immigration* sont les suivantes:

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

[. . .]

e) l'arbitre a décidé, selon le cas:

(i) qu'il appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) qu'il appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et, selon le ministre, il serait contraire à l'intérêt public de faire étudier sa revendication aux termes de la présente loi,

(iii) qu'il relève du cas visé au sous-alinéa 27(1)a.1)(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada,

(iv) qu'il relève, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada.

[. . .]

70. [. . .]

(5) Ne peuvent faire appel devant la section d'appel les personnes, visées au paragraphe (1) ou aux alinéas (2)a) ou b), qui, selon la décision d'un arbitre:

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d);

(b) a person described in paragraph 27(1)(a.1); or

(c) a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed.

[21] The relevant statutory provisions of the IRPA state as follows:

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

...

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

...

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

(2) A claim is not ineligible by reason of serious criminality under paragraph (1)(f) unless

(a) in the case of inadmissibility by reason of a conviction in Canada, the conviction is for an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years and for which a sentence of at least two years was imposed; or

a) appartiennent à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c), c.1), c.2) ou d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

b) relèvent du cas visé à l'alinéa 27(1)a.1) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

c) relèvent, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada.

[21] Les dispositions applicables de la LIPR sont les suivantes:

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

[...]

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

[...]

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants:

[...]

f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité visée à l'alinéa (1)f) n'emporte irrecevabilité de la demande que si elle a pour objet:

a) une déclaration de culpabilité au Canada pour infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans et pour laquelle un emprisonnement d'au moins deux ans a été infligé;

[22] The relevant statutory provisions of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 state as follows:

350. (1) Subject to subsections (2) and (3), if a decision or an act of the Minister or an immigration officer under the former Act is referred back by the Federal Court or Supreme Court of Canada for determination and the determination is not made before this section comes into force, the determination shall be made in accordance with the *Immigration and Refugee Protection Act*.

(2) If the decision or act referred to in subsection (1) was made under paragraph 46.01(1)(e), subsection 70(5) or paragraph 77(3.01)(b) of the former Act and the *Immigration and Refugee Protection Act* makes no provision for the decision or act, no determination shall be made.

[23] The relevant statutory provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act* state as follows:

5. (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2)

(a) subject to subsection (4), where the subject-matter of the offence is a substance included in Schedule I or II, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life;

...

(4) Every person who contravenes subsection (1) or (2), where the subject-matter of the offence is a substance included in Schedule II in an amount that does not exceed the amount set out for that substance in Schedule VII, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years less a day.

...

SCHEDULE 1

...

2. Coca (Erythroxyton), its preparations, derivatives, alkaloids and salts, including:

(1) Coca leaves

[22] Les dispositions applicables du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, sont les suivantes:

350. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), il est disposé conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* de toute décision ou mesure prise par le ministre ou un agent d'immigration sous le régime de l'ancienne loi qui est renvoyée par la Cour fédérale ou la Cour suprême du Canada pour nouvel examen et dont il n'a pas été disposé avant l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Dans le cas où la décision ou la mesure a été prise aux termes de l'alinéa 46.01(1)e), du paragraphe 70(5) ou de l'alinéa 77(3.01)b) de l'ancienne loi et que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne prévoit aucune disposition quant à cette décision ou mesure renvoyée pour nouvel examen, celui-ci n'a pas lieu.

[23] Les dispositions applicables de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* sont les suivantes:

5. (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d'avoir en sa possession, en vue d'en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet:

a) dans le cas de substances inscrites aux annexes I ou II, mais sous réserve du paragraphe (4), un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité;

[. . .]

(4) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet, dans le cas de substances inscrites à la fois à l'annexe II et à l'annexe VII, et ce pourvu que la quantité en cause n'exécède pas celle mentionnée à cette dernière annexe, un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans moins un jour.

[. . .]

ANNEXE 1

[. . .]

2. Coca (érythroxytone), ainsi que ses préparations, dérivés, alcaloïdes et sels, notamment:

(1) feuilles de coca

(2) Cocaine (benzoylmethylecgonine)

(2) cocaïne (ester méthylique de la benzoylcégonine)

(3) Ecgonine (3—hydroxy—2—tropane carboxylic acid)

(3) ecgonine (acide hydroxy—3 tropane—2 carboxylique)

[24] The relevant statutory provisions of the *Criminal Code*, *supra* state as follows:

212. . . .

(4) Every person who, in any place, obtains for consideration, or communicates with anyone for the purpose of obtaining for consideration, the sexual services of a person who is under the age of eighteen years is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

Analysis and Decision

[25] Issue 1

Is the matter moot?

The respondent has submitted that the provisions of the IRPA have made the applicant's application moot. The decision under review was made pursuant to subsection 70(5) and paragraph 46.01(1)(e) of the *Immigration Act*.

[26] In any discussion of mootness, reference must be made to the Supreme Court of Canada decision of *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. The Court stated 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.

[24] Les dispositions applicables du *Code criminel* sont les suivantes:

212. [. . .]

(4) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, en quelque endroit que ce soit, obtient, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de dix-huit ans ou communique avec quiconque en vue d'obtenir, moyennant rétribution, de tels services.

Analyse et décision

[25] Point n° 1

La question est-elle théorique?

Selon le défendeur, les dispositions de la LIPR ont rendu hypothétique la demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur. La décision contestée a été prise en conformité avec le paragraphe 70(5) et l'alinéa 46.01(1)(e) de la *Loi sur l'immigration*.

[26] Dans tout débat sur le principe du caractère théorique, il convient de s'en remettre à l'arrêt clé de la Cour suprême du Canada en la matière, l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. La Cour s'est exprimée ainsi, 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

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

[27] Following this two-step procedure it is first necessary “to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic”. I will repeat certain of the relevant provisions of the legislation for ease of reference.

[28] Subsection 46.01(1) of the *Immigration Act* provides that a person found to constitute a danger to the public in Canada is not eligible to have a claim determined by the Refugee Division.

[29] Subsection 70(5) of the *Immigration Act* provides that a person found to constitute a danger to the public in Canada has no appeal right to the Appeal Division if a deportation order or a conditional deportation order is made against them.

[30] IRPA has replaced the *Immigration Act*. The Regulations state:

350. (1) Subject to subsections (2) and (3), if a decision or an act of the Minister or an immigration officer under the former Act is referred back by the Federal Court or Supreme Court of Canada for determination and the determination is not made before this section comes into force, the determination shall be made in accordance with the *Immigration and Refugee Protection Act*.

(2) If the decision or act referred to in subsection (1) was made under paragraph 46.01(1)(e), subsection 70(5) or paragraph 77(3.01)(b) of the former Act and the *Immigration and Refugee Protection Act* makes no provision for the decision or act, no determination shall be made.

l’appliquer. J’examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d’exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

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

[27] Dans cette procédure en deux étapes, il faut d’abord «se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique». Je répéterai, par commodité, certaines des dispositions du texte de loi.

[28] L’alinéa 46.01(1) de la *Loi sur l’immigration* prévoit qu’une personne déclarée dangereuse pour le public au Canada n’est pas admissible à présenter une revendication à la section du statut de réfugié.

[29] Le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l’immigration* prévoit qu’une personne déclarée dangereuse pour le public au Canada ne peut faire appel à la section d’appel lorsqu’une mesure d’expulsion ou une mesure d’expulsion conditionnelle est prononcée contre elle.

[30] La LIPR a remplacé la *Loi sur l’immigration*. Son règlement d’application prévoit ce qui suit:

350. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), il est disposé conformément à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* de toute décision ou mesure prise par le ministre ou un agent d’immigration sous le régime de l’ancienne loi qui est renvoyée par la Cour fédérale ou la Cour suprême du Canada pour nouvel examen et dont il n’a pas été disposé avant l’entrée en vigueur du présent article.

(2) Dans le cas où la décision ou la mesure a été prise aux termes de l’alinéa 46.01(1)(e), du paragraphe 70(5) ou de l’alinéa 77(3.01)(b) de l’ancienne loi et que la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* ne prévoit aucune disposition quant à cette décision ou mesure renvoyée pour nouvel examen, celui-ci n’a pas lieu.

[31] IRPA makes no provision for a decision or act finding the applicant to be a danger to the public in Canada. As such, if the decision of the Minister, finding the applicant to be a danger to the public in Canada pursuant to paragraph 46.01(1)(e) and subsection 70(5) and of the *Immigration Act*, is referred back by the Federal Court, no determination shall be made.

[32] Under the *Immigration Act*, the Minister could find the applicant to be a danger to the public in Canada as the Minister did in this case. However, under the IRPA, the concept of finding an applicant to be a danger to the public in Canada has been replaced by the concept of serious criminality found in subsection 36(1) of the IRPA. Subsection 36(1) of the IRPA states:

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

[33] Paragraphs 101(1)(f) and 101(2)(a) of the IRPA state:

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

(2) A claim is not ineligible by reason of serious criminality under paragraph (1)(f) unless

(a) in the case of inadmissibility by reason of a conviction in Canada, the conviction is for an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years and for which a sentence of at least two years was imposed; or

Under paragraph 5(3)(a) of the *Controlled Drugs and Substances Act* the applicant's conviction for trafficking

[31] La LIPR ne renferme aucune disposition autorisant une décision selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au Canada. Conséquemment, si la décision du ministre selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, ainsi que le prévoit l'alinéa 46.01(1)e) et le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, est renvoyée par la Cour fédérale, le renvoi n'aura pas de suite.

[32] Selon la *Loi sur l'immigration*, le ministre pouvait dire que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, et c'est ce qu'il a fait ici. Cependant, dans la LIPR, la notion de danger pour le public au Canada a été remplacée par la notion de grande criminalité, au paragraphe 36(1) de la LIPR. Voici le texte du paragraphe 36(1):

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

[33] Les alinéas 101(1)f) et 101(2)a) de la LIPR sont ainsi rédigés:

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants:

[. . .]

f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux—exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité visée à l'alinéa (1)f) n'emporte irrecevabilité de la demande que si elle a pour objet:

a) une déclaration de culpabilité au Canada pour une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans et pour laquelle un emprisonnement d'au moins deux ans a été infligé;

En application de l'alinéa 5(3)a) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, la déclaration de

cocaine carried with it a potential sentence of life imprisonment. The applicant was sentenced to a three-year term of incarceration for this conviction. Therefore, even if the applicant is successful on his judicial review application, he would still be ineligible to have a claim determined by the Refugee Protection Division.

[34] Section 64 of the IRPA states:

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

For the applicant's convictions, he was sentenced to two, three-year terms of incarceration to run concurrently. Accordingly, section 64 of the IRPA would apply to the applicant and he would have no right to appeal to the Immigration Appeal Division. Therefore, even if the applicant is successful on this judicial review application, he would still have no appeal right to the Immigration Appeal Division.

[35] No matter what the decision on the main judicial application, paragraphs 101(1)(f) and paragraph 101(2)(a) of the IRPA apply to the applicant and he would not be able to apply to the Refugee Protection Division or take an appeal to the Immigration Appeal Division.

[36] The applicant raised sections 112 to 114 of the IRPA in response to the mootness issue. These sections read as follows:

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

culpabilité du demandeur pour trafic de cocaïne rendait le demandeur passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. Le demandeur a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans. Par conséquent, même s'il est fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur, le demandeur sera empêché de soumettre une revendication à la Section de la protection des réfugiés.

[34] L'article 64 de la LIPR est ainsi rédigé:

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

Pour les déclarations de culpabilité prononcées contre lui, le demandeur a été condamné à deux peines d'emprisonnement de trois ans, à purger concurremment. Conséquemment, l'article 64 de la LIPR s'appliquerait au demandeur, et le demandeur serait privé du droit de faire appel à la Section d'appel de l'immigration. Ainsi, même s'il est fait droit à la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur sera quand même privé du droit de faire appel à la section d'appel de l'immigration.

[35] Quel que soit le sort de la demande de contrôle judiciaire, l'alinéa 101(1)f) et le sous-alinéa 101(2)a) de la LIPR s'appliquent au demandeur, lequel ne pourra ni s'adresser à la Section de la protection des réfugiés ni faire appel à la Section d'appel de l'immigration.

[36] En réponse à l'argument du caractère théorique, le demandeur a invoqué les articles 112 à 114 de la LIPR. Voici le texte de ces articles:

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

...

[...]

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

...

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

...

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

...

114. (1) A decision to allow the application for protection has

...

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

I am of the view that an applicant can still avail himself of these provisions even if the application is found to be moot.

[37] In summary, I am of the view that the issue of whether the applicant constitutes a danger to the public pursuant to paragraph 46.01(1)(e) and subsection 70(5) of the *Immigration Act* is now academic. First, if the decision of the Minister is referred back by the Federal Court, under subsection 350(2) of Regulations, no determination shall be made. Second, under sections 101 and 64 of the IRPA the applicant will no longer be eligible to have a claim determined by the Refugee Protection Division, nor have an appeal right to the

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants:

[...]

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

[...]

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

[...]

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part:

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

[...]

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

[...]

Je suis d'avis qu'un demandeur peut invoquer ces dispositions quand bien même sa demande serait jugée théorique.

[37] En résumé, je suis d'avis que la question de savoir si le demandeur constitue un danger pour le public selon ce que prévoit l'alinéa 46.01(1)e) et le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* est aujourd'hui théorique. D'abord, si la décision du ministre est renvoyée par la Cour fédérale, alors, selon les termes du paragraphe 350(2) du Règlement, le renvoi restera sans suite. Deuxièmement, selon les articles 101 et 64 de la LIPR, le demandeur perdra le droit de faire juger sa revendication par la Section de la protection des réfugiés

Immigration Appeal Division. The matter is moot.

[38] Issue 2

If this application is moot, should the Court still exercise its discretion to hear the matter?

The Supreme Court of Canada in *Borowski, supra*, outlined the following factors for a court to consider when deciding whether or not to exercise its discretion to hear a matter:

1. A court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system;
2. The concern for judicial economy; and
3. The need for the court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function.

[39] Under the first factor, the Supreme Court of Canada in *Borowski, supra*, at pages 358 to 359 stated:

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. For example, although the litigant bringing the proceeding may no longer have a direct interest in the outcome, there may be collateral consequences of the outcome that will provide the necessary adversarial context.

I am of the view that the coming into force of the IRPA caused the live controversy between the parties to cease. The provisions of the *Immigration Act* no longer govern any future application by the applicant and there can be no rehearing of the applicant's application should his application be granted. As well, I note that there are no interveners and no collateral consequences as noted by *Borowski, supra*.

[40] In relation to the second factor of judicial economy, I cannot find any special circumstances that justify the use of scarce judicial resources to deal with

et le droit de faire appel à la Section d'appel de l'immigration. La question est théorique.

[38] Point n° 2

Si cette demande est théorique, la Cour devrait-elle néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et juger l'affaire?

Dans l'arrêt *Borowski*, précité, la Cour suprême du Canada énonçait les facteurs dont un tribunal doit tenir compte pour savoir s'il convient ou non qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire et qu'il juge une affaire:

1. le pouvoir du tribunal de statuer sur le litige trouve sa source dans la procédure contradictoire;
2. l'économie des ressources judiciaires; et
3. l'obligation pour le tribunal de prendre conscience de sa fonction normative.

[39] À propos du premier facteur, la Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi, aux pages 358 et 359:

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. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire.

Je suis d'avis que l'entrée en vigueur de la LIPR a entraîné la cessation du litige actuel entre les parties. Les dispositions de la *Loi sur l'immigration* ne régissent plus aucune revendication future du demandeur, et il ne pourra y avoir nouvelle audition de la revendication du demandeur pour le cas où sa demande de contrôle judiciaire serait accordée. J'observe aussi qu'il n'y a pas d'intervenants et que les conséquences accessoires dont parle l'arrêt *Borowski*, précité, sont absentes.

[40] S'agissant du deuxième facteur, celui de l'économie des ressources judiciaires, je ne vois aucune circonstance spéciale pouvant justifier que soient

the application. The case is not, as far as the record discloses, a type of case that is of a recurring nature. How this judicial review application is decided will have no practical effect on the rights of the parties.

[41] Under the third factor, the Supreme Court of Canada in *Borowski*, *supra*, at page 362 stated:

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.

I am of the view that any decision rendered by the Court in the application would not intrude into the role of the legislative branch. The Court would still be exercising its traditional role. This is the third factor to be considered by the Court in exercising its discretion whether or not to hear the application even if it is moot.

[42] With respect to exercising its discretion to decide whether or not to hear a moot application, Sopinka J. made the following statement in *Borowski*, *supra*, 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 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.

In the present case, factors 1 and 2 are in favour of the Court not exercising its discretion to hear a moot application. Factor 3 does not prevent the Court from hearing the application.

[43] Having decided that the application for judicial review is moot, I will not exercise the Court's discretion to hear the application.

[44] The parties shall have five days from the date of this decision to address the question of certification of a

consacrées à la demande des ressources judiciaires comptées. Au vu du dossier, la présente affaire n'est pas de nature récurrente. L'issue de cette demande de contrôle judiciaire n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties.

[41] Pour le troisième facteur, la Cour suprême du Canada s'est exprimée ainsi, à la page 362:

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.

Je suis d'avis que toute décision rendue par la Cour à propos de la demande n'empiéterait pas sur la fonction législative. La Cour exercerait quand même son rôle traditionnel. Il s'agit là du troisième facteur dont la Cour doit tenir compte lorsqu'elle se demande s'il convient ou non qu'elle statue sur la demande malgré son caractère théorique.

[42] Sur l'exercice du pouvoir de la Cour de décider s'il convient ou non de juger une demande théorique, le juge Sopinka écrivait, dans l'arrêt *Borowski*, précité, 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.

Dans le cas présent, les facteurs n^{os} 1 et 2 militent contre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de statuer sur une demande théorique. Quant au facteur n^o 3, il n'empêcherait pas la Cour de statuer sur la demande.

[43] Puisque ma conclusion est que la demande de contrôle judiciaire est théorique, je n'exercerai pas mon pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande.

[44] Les parties auront cinq jours à compter de la date de ce jugement pour voir s'il existe une question grave

serious question of general importance and to submit any proposed serious question of general importance for my consideration for certification. The parties shall have a further five days for any reply.

de portée générale susceptible d'être certifiée et pour me demander de certifier une éventuelle question de ce genre. Elles auront cinq jours additionnels pour produire des réponses.

A-472-02

A-472-02

A-601-01

A-601-01

2003 FCA 160

2003 CAF 160

Air Canada Pilots Association (*Applicant*)**Association des pilotes d'Air Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Air Line Pilots Association and Air Canada (*Respondents*)**Association des pilotes de lignes aériennes et Air Canada** (*défenderesses*)

and

et

National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 1990 (*Intervener*)**Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), section locale 1990** (*intervenant*)

and

et

CAW-Canada, Local 2213 (*Intervener*)**TCA-Canada, section locale 2213** (*intervenant*)**INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSN. v. AIR LINE PILOTS ASSN. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: ASSOC. DES PILOTES D'AIR CANADA c. ASSOC. DES PILOTES DE LIGNES AÉRIENNES (C.A.)**Court of Appeal, Stone, Rothstein and Malone J.J.A.—
Toronto, January 14 and 15; Ottawa, March 27, 2003.Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Malone, J.C.A.—
—Toronto, 14 et 15 janvier; Ottawa, 27 mars 2003.

Labour Relations — Air Canada-Canadian Airlines International merger — Arbitration award fixing seniority list integration date — Award quashed by CIRB — Application to F.C.A. by Air Canada pilots union for restoration of award — Arguing CIRB outside jurisdiction in ignoring terms of Protocol between unions establishing seniority list integration process — Arbitrator found economic disparity between two carriers, disparity in hiring patterns — Found “date of hire” integration inequitable — Gave Air Canada pilots advantageous treatment, their employer having rescued Canadian — Given benefit of “fences” as exclusive bidding rights on wide-body aircraft, layoff protection — CIRB initially approved award’s seniority provisions, reversed itself upon reconsideration — New order in accordance with legal, factual reality when bargaining units merged — CIRB held arbitrator contravened Code in giving Air Canada pilots advantages — Application denied — CIRB having power under Code, s. 18 to override any part of Protocol — Protocol not containing express agreement on date of seniority list integration — Courts not adding terms to written agreement unless “officious bystander” test met — No denial of procedural fairness — CIRB having power under Regulations,

Relations du travail — Fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien International — Date de l'intégration des listes d'ancienneté fixée par décision arbitrale — Décision annulée par le CCRI — Le syndicat des pilotes d'Air Canada demande à la Cour d'appel fédérale de rétablir la décision arbitrale — Il allègue que la CCRI a outrepassé sa compétence en faisant abstraction d'un protocole signé par les syndicats, lequel établissait une procédure devant s'appliquer à l'intégration des listes d'ancienneté — L'arbitre a conclu qu'il existait une disparité au plan économique entre les deux transporteurs, ainsi que des différences dans les tendances en matière d'embauche — Ce déséquilibre rendait inéquitable une intégration «en fonction de la date d'embauche» — Il a accordé aux pilotes d'Air Canada un traitement bonifié, leur employeur s'étant porté à la rescousse de Canadien — Les pilotes d'Air Canada ont également été avantagés par certaines restrictions, désignées sous le nom d'«obstacles», telles des droits de postulation exclusifs à l'égard d'un certain gros porteur et une garantie de non-licenciement — Le CCRI qui avait initialement confirmé que l'ancienneté des pilotes devait être établie en conformité avec la décision arbitrale a annulé sa propre décision après réexamen — La nouvelle

s. 44(b) to review award where Code principles improperly applied — Not unfettered interest arbitration, but circumscribed by Code principles, subject to CIRB reconsideration — Ss. 35, 18.1 remedial, to be read together — “Winner take all” approach inconsistent with s. 18.1.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Canada Industrial Relations Board decision — Board, upon reconsideration, setting aside arbitration award — At issue: seniority lists integration following merger of two air carriers — Standard of review — S.C.C. teaching in Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) followed — Object of analysis: did Parliament wish courts or tribunal to ultimately decide case — CIRB decisions protected by broad privative clause — Specialized, expert tribunal — Purposes of Canada Labour Code factor to be considered — Nature of question: had CIRB jurisdiction to review an earlier order, within CIRB’s home legislative framework, experience — Decision to be reviewed on patent unreasonableness standard — Board had jurisdiction to override Protocol between two unions — Board having power under Regulations to review award where Code principles improperly applied.

This was an application to the Federal Court of Appeal by the Air Canada Pilots Association seeking to have quashed a Canada Industrial Relations Board (CIRB) decision specifying that the date for integrating seniority lists following the Air Canada-Canadian Airlines International merger would be October 17, 2000—the date on which the CIRB ordered consolidation of the bargaining units. An earlier arbitration award had fixed the integration date as January 4, 2000—the date the airlines had merged. The Air Canada Pilots Association seeks restoration of the arbitrator’s award. It argues that the CIRB acted outside its jurisdiction in ignoring

ordonnance correspondait au contexte factuel et juridique existant au moment où il y avait eu fusion des unités de négociation — Le CCRI a statué que l’arbitre avait enfreint les dispositions du Code en accordant des avantages aux pilotes d’Air Canada — Demande rejetée — Le CCRI a, en vertu de l’art. 18 du Code, le pouvoir de déroger à toute partie du protocole — Le protocole ne contient aucune entente expresse quant à la date de l’intégration des listes d’ancienneté — Les tribunaux hésitent à aller au-delà du libellé d’une entente écrite à moins qu’il ne soit satisfait au critère de l’«observateur objectif» — Aucun manquement à l’équité procédurale — L’art. 44b) du Règlement confère au CCRI le pouvoir de réexaminer une décision lorsque les principes du Code ont été mal appliqués — Il ne s’agissait pas d’un arbitrage d’intérêts avec latitude absolue laissée à l’arbitre; l’arbitrage devait plutôt s’appuyer sur les principes prévus au Code et était susceptible de réexamen par le CCRI — Les art. 35 et 18.1 qui ont un objet remédiateur doivent être interprétés l’un en regard de l’autre — L’approche «tout au vainqueur» n’est pas conforme à l’esprit de l’art. 18.1.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision du Conseil canadien des relations industrielles — Le CCRI, après réexamen, annule la décision arbitrale — La question en litige porte sur l’intégration des listes d’ancienneté après la fusion des deux transporteurs aériens — Norme de contrôle — Application des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) — L’analyse vise à établir qui des tribunaux ou du CCRI doit rendre la décision finale, selon l’intention du législateur, pour trancher l’affaire — Les décisions du CCRI sont protégées par une clause privative de large portée — Tribunal spécialisé — Les objectifs du Code canadien du travail constituent l’un des facteurs à prendre en compte — Comme autre facteur, il y a la nature de la question en litige, soit celle de savoir si le CCRI avait compétence pour réviser une ordonnance antérieure, dans les limites de son cadre législatif et de son expérience — La norme de contrôle applicable à la décision du CCRI est celle de la décision manifestement déraisonnable — Le CCRI avait compétence pour déroger au protocole signé par les deux syndicats — Le CCRI jouit en vertu du Règlement du pouvoir de réexaminer une décision lorsque les principes du Code ont été mal appliqués.

L’Association des pilotes d’Air Canada a demandé à la Cour d’appel fédérale d’annuler la décision du Conseil canadien des relations industrielles (CCRI) dans laquelle il a été précisé que la date de l’intégration des listes d’ancienneté après la fusion d’Air Canada et de Lignes aériennes Canadien International Ltée serait le 17 octobre 2000—soit la date à laquelle il avait ordonné le regroupement des unités de négociation. Une décision arbitrale antérieure avait fixé la date de l’intégration des listes au 4 janvier 2000, soit la date de la fusion. L’Association des pilotes d’Air Canada prie la Cour de rétablir la décision de l’arbitre. Elle allègue que le CCRI a

certain terms of an agreement between it and the union which represents the Canadian Airlines International (Canadian) pilots and that the CIRB decision was patently unreasonable.

On August 3, 2000 the CIRB declared Air Canada and Canadian to be a single employer under *Canada Labour Code*, section 35 for purposes of the pilot bargaining unit. That declaration resulted in commencement of the process of determining appropriate bargaining units and consequential issues under Code, section 18.1. The unions representing the two pilot groups had already signed a Protocol establishing a seniority list integration process. By that Protocol, an arbitrator was jointly selected by the parties and given all the powers to merge seniority lists that the CIRB has under the Code. The CIRB granted its approval of the seniority list integration process established by the Protocol. In his award, the arbitrator failed to articulate specifically the principles applicable to a bargaining unit consolidation triggered by a single employer declaration under the Code, but rather made a factual finding of economic disparity between the two carriers. This was the primary rationale supporting his award—as well as the necessity for protecting those Air Canada employees having negotiated “no lay-off” guarantees extending to June 2005. The award also took into account the disparity in hiring patterns: while Canadian hiring ended in 1990, from 1995 on Air Canada had experienced an unprecedented rate of growth in its complement of pilots. In the result, all the Canadian pilots had been hired pre-1990 while almost half of Air Canada’s pilots had been taken on since 1995. This made a “date of hire” integration inequitable, so the arbitrator went for a ratio approach to seniority list integration. Furthermore, Air Canada pilots were accorded a substantial ratio premium on the rationale that Air Canada had rescued Canadian. In addition, the Air Canada pilots were given the benefit of restrictions, referred to as “fences”, on the ordinary operation of the seniority list such as exclusive bidding rights on wide-body aircraft and layoff protection.

The CIRB confirmed the award’s seniority provisions but Canadian’s union applied for reconsideration, which it agreed to do. The Canadian union did not question the January 4, 2000 date chosen by the arbitrator for seniority list integration. The CIRB held that circumstances prior to January 4, 2000 were not determinative, the rights of the Canadian pilots

outrépassé sa compétence en faisant abstraction de certaines dispositions d’une entente négociée entre elle-même et le syndicat représentant les pilotes de Lignes aériennes Canadien International Ltée (Canadien) et que la décision du CCRI était manifestement déraisonnable.

Le 3 août 2000, le CCRI a déclaré qu’Air Canada et Canadien étaient un employeur unique, en vertu de l’article 35 du *Code canadien du travail*, pour les fins de l’unité de négociation des pilotes. Cette déclaration a fait s’engager le processus d’établissement des unités habiles à négocier et relatif à des questions corrélatives, en vertu de l’article 18.1 du Code. Les syndicats représentant les deux groupes de pilotes avaient signé un protocole établissant une procédure devant s’appliquer à l’intégration des listes d’ancienneté. Conformément à ce protocole, un arbitre était choisi conjointement par les parties et investi de tous les pouvoirs du CCRI aux fins de l’intégration des listes d’ancienneté en application du Code. Le CCRI a approuvé la procédure d’intégration des listes d’ancienneté prévue par le protocole. Dans sa décision, l’arbitre n’a pas formulé spécifiquement les principes applicables au regroupement d’unités de négociation à la suite d’une déclaration d’employeur unique en vertu du Code, mais il a plutôt tiré une conclusion de fait quant à la disparité existant au plan économique entre les deux transporteurs. Cette conclusion constituait le principal fondement de la décision—tout comme la nécessité de protéger les employés d’Air Canada qui disposaient de garanties conventionnelles de non-licenciement dont la portée s’étendait jusqu’en juin 2005. La décision tenait compte, en outre, des différences existant dans les tendances en matière d’embauche: Canadien a cessé d’embaucher en 1990 et Air Canada, par contre, a connu une croissance sans précédent dans son effectif à partir de 1995. Au bout du compte, tous les pilotes de Canadien avaient été embauchés avant 1990, tandis que près de la moitié des pilotes d’Air Canada l’avaient été depuis 1995. Ce déséquilibre dans l’embauche rendait inéquitable une intégration «en fonction de la date d’embauche» et, par conséquent, l’arbitre a recouru à une approche fondée sur un ratio pour l’intégration des listes d’ancienneté. En outre, les pilotes d’Air Canada se sont vu accorder un ratio considérablement bonifié au motif qu’Air Canada s’était portée à la rescousse de Canadien et ont été avantagés par l’octroi de certaines restrictions, désignées sous le nom d’«obstacles», quant à l’application régulière de la liste d’ancienneté, notamment les droits de postulation exclusifs à l’égard d’un certain gros porteur et une garantie de non-licenciement.

Le CCRI a confirmé la décision de l’arbitre à l’égard de l’ancienneté des pilotes, mais le syndicat représentant les pilotes de Canadien a demandé un réexamen auquel le CCRI a consenti. Le syndicat des pilotes de Canadien n’a pas contesté la date du 4 janvier 2000 que l’arbitre avait choisi pour l’intégration des listes d’ancienneté. Le CCRI a statué que

having been enhanced by a collective agreement entered into in March 2000. Thus, at the date of the consolidation order, the rights of the two pilot groups were substantially the same. October 17, 2000 accorded with the legal and factual reality of when the bargaining units actually merged. Prior to that date, the bargaining units had acted independently and were distinct entities. The CIRB's view was that January 4, 2000 (when the two carriers commenced carrying on business in common) failed to reflect industrial relations reality since a merger of two businesses is not determinative of the merger of bargaining units. In fact, major collective agreement changes were independently made by each unit after the business merger, but before the bargaining units merged. The CIRB also held that the arbitrator erred in adopting an approach to seniority list integration designed to advantage the Air Canada pilots, contrary to the Code.

Held, the application should be dismissed.

The initial matter for determination was the appropriate standard of review. The factors to be considered were those enunciated by the Supreme Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. The object of the analysis is to determine whether Parliament intended that the courts or the CIRB ultimately decide the case. CIRB decisions are protected by a privative clause, repeatedly described by the Supreme Court as broad and expansive and an indication of Parliamentary intent that deference be shown to its decisions. Furthermore, it is a specialized, expert tribunal better suited than are the courts to balance the interests of employers, workers and unions. A third factor to be taken into account is the purposes of the Code which include the encouragement of collective bargaining, constructive dispute settlement and good industrial relations in the best interests of Canada. The final factor is the nature of the question, in this case, whether the CIRB had jurisdiction to review an earlier order. This involves the interpretation and application of inter-related provisions of the Code and Regulations which are within the CIRB's home legislative framework and experience. All of these factors lead to the conclusion that the Board decision should be reviewed on the patent unreasonableness standard.

The essential argument advanced by the Air Canada pilots' union was that, in view of Code, paragraph 18.1(2)(a), the CIRB lacked jurisdiction to override any part of the Protocol.

les circonstances antérieures au 4 janvier 2000 n'avaient pas un caractère déterminant, une convention collective conclue en mars 2000 ayant renforcé les droits des pilotes de Canadien. Ainsi, à la date de l'ordonnance prévoyant le regroupement, les droits des deux groupes de pilotes étaient fondamentalement les mêmes. Le 17 octobre 2000 correspondait bien dans les faits et au plan juridique au moment où il y avait véritablement eu fusion des unités de négociation. Avant cette date, les unités de négociation agissaient de manière indépendante et constituaient des entités distinctes. Le CCRI était d'avis que la date du 4 janvier 2000 (celle à laquelle les deux transporteurs ont commencé à exploiter des entreprises en commun) ne correspondait pas à la situation réelle au plan des relations industrielles, la fusion des deux entreprises n'ayant pas d'effet déterminant sur la fusion des unités de négociation. En fait, d'importantes modifications à la convention collective avaient été apportées de manière indépendante par chacune des unités après la fusion des entreprises mais avant celle des unités de négociation. Le CCRI a également statué que l'arbitre avait commis une erreur en intégrant les listes d'ancienneté selon une approche visant à favoriser les pilotes d'Air Canada, en violation du Code.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

La première question à trancher est celle de la norme de contrôle appropriée. Les facteurs à prendre en considération sont ceux énoncés par la Cour suprême dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. L'analyse vise à établir qui des tribunaux ou du CCRI doit rendre la décision finale, selon l'intention du législateur, pour trancher l'affaire. Les décisions du CCRI sont protégées par une clause privative que la Cour suprême a décrite à maintes reprises comme ayant une large portée, qui dénote la retenue dont le législateur désire qu'on fasse preuve à l'égard de ses décisions. En outre, le CCRI est un tribunal spécialisé qui est en meilleure situation que les tribunaux pour apprécier les intérêts des employeurs, des employés et des syndicats. Le troisième facteur à prendre en compte a trait aux objectifs du Code lesquels comprennent l'encouragement de la pratique des négociations collectives, le règlement positif des différends et de bonnes relations du travail qui servent l'intérêt du Canada. Le dernier facteur concerne la nature de la question en litige, en l'espèce, celle de savoir si le CCRI avait compétence pour réviser une ordonnance antérieure. Cela requiert d'interpréter et d'appliquer des dispositions interreliées du Code et du Règlement, lesquelles font partie du cadre législatif et de l'expérience du CCRI. Tous ces facteurs conduisent à conclure que la norme de contrôle applicable à la décision du CCRI est celle de la décision manifestement déraisonnable.

Le principal argument avancé par le syndicat des pilotes d'Air Canada était que, vu l'alinéa 18.1(2)a) du Code, le CCRI n'avait pas compétence pour déroger à quelque partie que ce

Its argument was that Code subsection 18.1(3) sets out the only circumstances in which the CIRB may interfere with an agreement reached by the parties: (1) if there is a timeliness issue or (2) if the agreement would not create units appropriate for collective bargaining. But the CIRB quite properly resorted to section 18, which provides that “The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it.”

The Protocol did not, in fact, contain an agreement on a date for seniority list integration. It merely acknowledged that the two air carriers had carried on business under common control since January 4, 2000. Nor could it be said that that date was an implied term of the Protocol. Courts are reluctant to go beyond a written agreement and will not impose an implied term unless the “officious bystander” test is met: the term must be one which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed. At the CIRB hearing in October 2002, the Air Canada pilots’ union was invited to suggest an integration date other than October 17, 2000 but that offer was declined. That union could not now be heard to say that it had been denied procedural fairness.

Another argument made by applicant was that the CIRB had ignored the parties’ agreement on interest arbitration, conducting its reconsideration on a rights-based arbitration basis. That the CIRB looked at the parties’ respective collective agreement rights as at the date of the bargaining unit merger does not mean it viewed Mr. Mitchnick as a rights arbitrator. Interest arbitrators are not precluded from considering existing collective agreement rights. Finally, it was within the CIRB’s mandate, under paragraph 44(b) of the Regulations, to review an award on the basis that there had been an improper application of Code principles. The arbitrator was not free to select whatever principles he wished.

A further submission was that section 44 of the Regulations limits the issues that can be dealt with on a reconsideration and that this prevented the CIRB from altering the seniority list integration date. A reading of the CIRB’s decision made it clear that it understood and adhered to the section 44 requirements as to exercising its power of reconsideration under Code, section 18. Nor did the CIRB err in failing to accord sufficient deference to Mitchnick as an interest arbitrator. This was not an unfettered interest arbitration but one circumscribed by Code principles and it was subject to CIRB reconsideration.

soit du protocole. Il a fait valoir que le paragraphe 18.1(3) du Code prévoit les seules circonstances dans lesquelles le CCRI peut modifier une entente conclue par les parties: 1) lorsque le respect de délais est en cause ou; 2) lorsque l’entente ne permet pas d’établir des unités habiles à négocier collectivement. Mais le CCRI a eu recours à bon droit à l’article 18, lequel prévoit que «[l]e Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances».

Le protocole ne comportait, en fait, aucune entente quant à la date de l’intégration des listes d’ancienneté. Il reconnaissait simplement que les deux transporteurs aériens exploitaient des entreprises assujetties à un contrôle commun depuis le 4 janvier 2000. Nul ne pourrait dire non plus que cette date constituait un terme implicite du protocole. Les tribunaux hésitent à aller au-delà du libellé d’une entente écrite et n’imposeront pas un terme implicite à moins qu’il ne soit satisfait au critère de «l’observateur objectif»: le terme doit en être un dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. À l’audience du CCRI d’octobre 2002, le syndicat des pilotes d’Air Canada a été invité à proposer une date d’intégration autre que le 17 octobre 2000, mais cette offre a été repoussée. Le syndicat ne pouvait pas maintenant avancer qu’il y avait eu manquement à l’équité procédurale à son endroit.

La demanderesse a également soutenu que le CCRI avait fait abstraction de l’entente des parties quant à l’arbitrage d’intérêts, en procédant au réexamen sur le fondement d’un arbitrage de droits. Le fait que le CCRI ait examiné les droits issus de convention collective respectifs des parties à la date de la fusion des unités de négociation ne veut pas dire qu’il considérait M. Mitchnick comme un arbitre de droits. Rien n’empêche les arbitres d’intérêts de se pencher sur les droits issus de convention collective existants. Finalement, il était du ressort du CCRI, conformément à l’alinéa 44b) du Règlement, de réexaminer une décision sur le fondement d’une mauvaise application des principes du Code. L’arbitre n’avait pas la liberté de choisir les principes qu’il voulait.

La demanderesse soutient également que l’article 44 du Règlement restreint les questions pouvant être soulevées dans le cadre d’une demande de réexamen, ce qui empêchait le CCRI de modifier la date de l’intégration des listes d’ancienneté. À la lecture de la décision du CCRI, il ressort clairement que celui-ci comprenait et a suivi les prescriptions de l’article 44 dans l’exercice de son pouvoir de procéder à un réexamen en vertu de l’article 18 du Code. Le CCRI n’a pas non plus commis d’erreur en ne faisant pas preuve de suffisamment de retenue face à M. Mitchnick qui agissait comme arbitre d’intérêts. Il ne s’agissait pas d’un arbitrage d’intérêts avec latitude absolue laissée à l’arbitre; l’arbitrage devait plutôt s’appuyer sur les principes prévus au Code et était susceptible de réexamen par le CCRI.

It was following the recommendations of the Sims Task Force, established by the Labour Minister in 1995, that section 18.1 was enacted to give the CIRB power to make consequential orders needed to re-establish effective collective bargaining when conflicts arise in a merged bargaining unit.

The CIRB did not err in concluding that sections 35 and 18.1 are to be read together and that their purpose is remedial in terms of protecting bargained rights and promoting sound labour relations. It further found that a "winner take all" approach that gives one group a premium while disadvantaging others is inconsistent with the intent of section 18.1. Its choice of October 17, 2000 as the seniority list integration date was open to the CIRB and took into account the necessity for integrating seniority in a manner consistent with both the Code regime for conducting a bargaining unit review and existing labour relations realities.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Industrial Relations Board Regulations, 2001, SOR/2001-520, s. 44.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 18, 18.1 (as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 7), 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 35 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; [1996] N.W.T.R. (2d) 1; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 193 N.R. 81.

REFERRED TO:

Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board), [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432; (1996), 135 D.L.R. (4th) 385; 40 Admin. L.R. (2d) 1; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; (1987), 40 D.L.R. (4th) 385; 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; 21 O.A.C. 321; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1

L'article 18.1 a été adopté à la suite des recommandations du Groupe de travail Sims, mis sur pied par le ministre du Travail en 1995, afin de conférer au CCRI le pouvoir de rendre les ordonnances corrélatives nécessaires pour rendre de nouveau efficace la négociation collective en cas de différends entre des unités de négociation ayant fait l'objet d'une fusion.

Le CCRI n'a pas fait erreur en concluant que les articles 35 et 18.1 devaient être interprétés l'un en regard de l'autre, et que leur objet, remédiateur, était de protéger les droits négociés et de favoriser de bonnes relations de travail. Le CCRI a de plus conclu que n'était pas conforme à l'esprit de l'article 18.1 une approche «tout au vainqueur» ayant pour effet d'avantager un groupe d'employés au détriment des autres. Il était loisible au CCRI de choisir le 17 octobre 2000 comme date de l'intégration des listes d'ancienneté, un choix qui tenait compte de la nécessité d'intégrer les listes d'ancienneté d'une manière conforme au régime établi par le Code pour la révision des unités de négociation, ainsi qu'aux réalités courantes des relations de travail.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 18, 18.1 (édicte par L.C. 1998, ch. 26, art. 7), 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 35 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 17).
Règlement de 2001 sur le Conseil canadien des relations industrielles, DORS/2001-520, art. 44.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; [1996] N.W.T.R. (2d) 1; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 193 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations de travail), [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432; (1996), 135 D.L.R. (4th) 385; 40 Admin. L.R. (2d) 1; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; (1987), 40 D.L.R. (4th) 385; 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; 21 O.A.C. 321; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Masqui*, [1995] 1

S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Telus Advanced Communications, a division of Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union* (2002), 293 N.R. 364 (F.C.A.); *United Electrical Workers, Local 512 and Tung-Sol of Canada Ltd. (Re)* (1964), 15 L.A.C. 161 (C.L.R.B.); *Air Canada (Re)*, [2000] CIRB No. 79; [2000] C.I.R.B.D. No. 33 (QL); *Grasky (Re)*, [2001] CIRB No. 115; [2001] C.I.R.B.D. No. 10 (QL); *Cairns (Re)*, [1999] CIRB No. 35; [1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL).

AUTHORS CITED:

Canada. Task Force to Review Part 1 of the Canada Labour Code. *Seeking a Balance: Canada Labour Code, Part 1, Review*. Ottawa: Labour Canada, 1996 (Chairman: Andrew C. L. Sims).
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1999.

APPLICATION for judicial review of an order of the Canada Industrial Relations Board (*Air Canada (Re)*, [2002] CIRB No. 185; [2002] 2 C.I.R.B.D. No. 31 (QL)) quashing an arbitration award in relation to the seniority list following the Air Canada-Canadian Airlines International merger. Application dismissed.

APPEARANCES:

John P. Nelligan, Q.C., Steven H. Waller, and Christopher Rootham for applicant.
Paul J. J. Cavalluzzo and Fay Faraday for respondent Air Line Pilots Association.

Maryse Tremblay for respondent Air Canada.
Carolyn J. Askew for intervener National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 1990.
Michael A. Church for intervener CAW-Canada, Local 2213.

SOLICITORS OF RECORD:

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for applicant.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto, for respondent Air Line Pilots Association.

R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Telus Advanced Communications, division de Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications* (2002), 293 N.R. 364 (C.A.F.); *United Electrical Workers, Local 512 and Tung-Sol of Canada Ltd. (Re)* (1964), 15 L.A.C. 161 (C.C.R.T.); *Air Canada (Re)*, [2000] CCR I n° 79; [2000] D.C.C.R.I. n° 33 (QL); *Grasky (Re)*, [2001] CCR I n° 115; [2001] D.C.C.R.I. n° 10 (QL); *Cairns (Re)*, [1999] CCR I n° 35; [1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL).

DOCTRINE:

Canada. Groupe de travail aux fins de réviser la partie I du Code canadien du travail. *Vers l'équilibre: Code canadien du travail, partie 1, révision*. Ottawa: Travail Canada, 1996 (Président: Andrew C. L. Sims).
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1999.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'égard d'une ordonnance (*Air Canada (Re)*, [2002] CCR I n° 185; [2002] 2 D.C.C.R.I. n° 31 (QL)) par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles a annulé une décision arbitrale relative à l'intégration des listes d'ancienneté après la fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien International. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

John P. Nelligan, c.r., Steven H. Waller, et Christopher Rootham pour la demanderesse.
Paul J. J. Cavalluzzo et Fay Faraday pour la défenderesse Association des pilotes de lignes aériennes.
Maryse Tremblay pour la défenderesse Air Canada.
Carolyn J. Askew pour l'intervenant Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), section locale 1990.
Michael A. Church pour l'intervenant TCA-Canada, section locale 2213.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, pour la demanderesse.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto, pour la défenderesse Association des pilotes de lignes aériennes.

Air Canada, St-Laurent, Quebec, for respondent Air Canada.

Rush Crane Guenther, Vancouver, for intervener National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 1990.

Caley & Wray, Toronto, for intervener CAW-Canada, Local 2213.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

Introduction

[1] The dispute underlying this application concerns the integration of seniority lists that applied to pilots of Air Canada after its merger with Canadian Airlines International Ltd. (Canadian). By arbitration award dated March 31, 2001, the date for integrating the seniority lists was determined to be January 4, 2000, the date on which the airlines merged. By order of the Canada Industrial Relations Board (CIRB or Board) dated July 10, 2002, the arbitration award was quashed and the Board ordered the parties to negotiate a new seniority list (reported at [*Air Canada (Re)*], [2002] CIRB No. 183; [2002] C.I.R.B.D. No. 31 (QL)). The Board specified that the date for integrating the seniority lists should be October 17, 2000, the date on which the Board ordered consolidation of the bargaining units.

[2] The Air Canada Pilots Association (ACPA) now asks this Court to quash the July 10, 2002, order of the CIRB, restore the arbitrator's award and the date of January 4, 2000, as the date on which the seniority lists should be integrated.

[3] ACPA seeks this relief on the grounds that the Board acted outside its jurisdiction by ignoring certain express terms of a freely negotiated agreement between ACPA and the Air Line Pilots Association (ALPA), the union representing Canadian pilots, dated June 29, 2000 (the Protocol), and further, that the Board decision to quash the arbitrator's award was patently unreasonable.

Air Canada, St-Laurent, Québec, pour la défenderesse Air Canada.

Rush Crane Guenther, Vancouver, pour l'intervenant Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), section locale 1990.

Caley & Wray, Toronto, pour l'intervenant TCA-Canada, section locale 2213.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

Introduction

[1] Le différend à la base de la présente demande a trait à l'intégration des listes d'ancienneté s'appliquant aux pilotes d'Air Canada après la fusion de celle-ci et de Lignes aériennes Canadien International Ltée (Canadien). Par décision arbitrale datée du 31 mars 2001, la date de l'intégration des listes a été fixée au 4 janvier 2000, soit la date de la fusion. La décision arbitrale a été annulée par une ordonnance du Conseil canadien des relations industrielles (le CCRI ou Conseil) datée du 10 juillet 2002, et le Conseil a ordonné aux parties de négocier une nouvelle liste d'ancienneté (publié à [*Air Canada (Re)*], [2002] CCRI n° 183; [2002] D.C.C.R.I. n° 31 (QL)). Le Conseil a précisé que la date d'intégration des listes d'ancienneté devait être le 17 octobre 2000, soit la date à laquelle il avait ordonné le regroupement des unités de négociation.

[2] L'Association des pilotes d'Air Canada (l'APAC) demande maintenant à notre Cour d'annuler l'ordonnance du 10 juillet 2002 du CCRI, de rétablir la décision de l'arbitre et de fixer à nouveau au 4 janvier 2000 la date à laquelle les listes d'ancienneté devraient être intégrées.

[3] L'APAC demande cette mesure de redressement au motif que le Conseil a outrepassé sa compétence en faisant abstraction de dispositions expresses d'une entente librement négociée entre elle-même et l'Association des pilotes de lignes aériennes (ALPA), le syndicat représentant les pilotes canadiens, et datée du 29 juin 2000 (le protocole) et que, de plus, la décision du

Conseil d'annuler la décision arbitrale était manifestement déraisonnable.

Facts

[4] Effective January 4, 2000, Air Canada and Canadian began carrying on associated businesses while awaiting formal court approval of their intended corporate merger. Several months later, on May 19, 2000, ACPA brought an application before the Board to have Air Canada and Canadian declared a single employer pursuant to section 35 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 17 (the Code).

[5] Prior to January 4, 2000, ACPA had represented the pilots employed by Air Canada and ALPA represented the pilots employed by Canadian. ACPA had an existing collective agreement with Air Canada and, on March 30, 2000, ALPA signed a new separate collective agreement with Air Canada covering the former pilots of Canadian that, among other things, afforded wage parity with Air Canada pilots.

[6] On August 3, 2000, the Board declared Air Canada and Canadian to be a single employer under section 35 of the Code for the purposes of the pilot bargaining unit. The result of that declaration was to commence the process of determining appropriate bargaining units and consequential issues pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 7] of the Code. Those sections read as follows:

18.1 (1) On application by the employer or a bargaining agent, the Board may review the structure of the bargaining units if it is satisfied that the bargaining units are no longer appropriate for collective bargaining.

(2) If the Board reviews, pursuant to subsection (1) or section 35 or 45, the structure of the bargaining units, the Board

(a) must allow the parties to come to an agreement, within a period that the Board considers reasonable, with respect to the determination of bargaining units and any questions arising from the review; and

(b) may make any orders it considers appropriate to implement any agreement.

Les faits

[4] À compter du 4 janvier 2000, Air Canada et Canadien ont commencé à exploiter des entreprises associées, en attendant l'approbation officielle par les tribunaux de leur fusion projetée. Plusieurs mois plus tard, soit le 19 mai 2000, l'APAC a présenté une demande au Conseil visant à ce que Air Canada et Canadien soient déclarés être un employeur unique, en vertu de l'article 35 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 17 (le Code).

[5] Avant le 4 janvier 2000, l'APAC représentait les pilotes travaillant pour Air Canada, et l'ALPA les pilotes travaillant pour Canadien. L'APAC et Air Canada avaient conclu une convention collective toujours en vigueur et, le 30 mars 2000, l'ALPA a conclu une nouvelle convention collective distincte avec Air Canada visant les anciens pilotes de Canadien et prévoyant pour eux, notamment, la parité salariale avec les pilotes d'Air Canada.

[6] Le 3 août 2000, le Conseil a déclaré qu'Air Canada et Canadien étaient un employeur unique, en vertu de l'article 35 du Code, pour les fins de l'unité de négociation des pilotes. Cette déclaration a fait s'engager le processus d'établissement des unités habiles à négocier et relatif à des questions corrélatives, en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1998, ch. 26, art. 7] du Code. Voici le libellé de ces articles:

18.1 (1) Sur demande de l'employeur ou d'un agent négociateur, le Conseil peut réviser la structure des unités de négociation s'il est convaincu que les unités ne sont plus habiles à négocier collectivement.

(2) Dans le cas où, en vertu du paragraphe (1) ou des articles 35 ou 45, le Conseil révisé la structure des unités de négociation:

a) il donne aux parties la possibilité de s'entendre, dans le délai qu'il juge raisonnable, sur la détermination des unités de négociation et le règlement des questions liées à la révision;

b) il peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées pour mettre en œuvre l'entente.

(3) If the Board is of the opinion that the agreement reached by the parties would not lead to the creation of units appropriate for collective bargaining or if the parties do not agree on certain issues within the period that the Board considers reasonable, the Board determines any question that arises and makes any orders it considers appropriate in the circumstances.

(4) For the purposes of subsection (3), the Board may

(a) determine which trade union shall be the bargaining agent for the employees in each bargaining unit that results from the review;

(b) amend any certification order or description of a bargaining unit contained in any collective agreement;

(c) if more than one collective agreement applies to employees in a bargaining unit, decide which collective agreement is in force;

(d) amend, to the extent that the Board considers necessary, the provisions of collective agreements respecting expiry dates or seniority rights, or amend other such provisions;

(e) if the conditions of paragraphs 89(1)(a) to (d) have been met with respect to some of the employees in a bargaining unit, decide which terms and conditions of employment apply to those employees until the time that a collective agreement becomes applicable to the unit or the conditions of those paragraphs are met with respect to the unit; and

(f) authorize a party to a collective agreement to give notice to bargain collectively.

...

35. (1) Where, on application by an affected trade union or employer, associated or related federal works, undertakings or businesses are, in the opinion of the Board, operated by two or more employers having common control or direction, the Board may, by order, declare that for all purposes of this Part the employers and the federal works, undertakings and businesses operated by them that are specified in the order are, respectively, a single employer and a single federal work, undertaking or business. Before making such a declaration, the Board must give the affected employers and trade unions the opportunity to make representations.

(2) The Board may, in making a declaration under subsection (1), determine whether the employees affected constitute one or more units appropriate for collective bargaining.

(3) Si le Conseil est d'avis que l'entente conclue par les parties ne permet pas d'établir des unités habiles à négocier collectivement ou si certaines questions ne sont pas réglées avant l'expiration du délai qu'il juge raisonnable, il lui appartient de trancher toute question en suspens et de rendre les ordonnances qu'il estime indiquées dans les circonstances.

(4) Pour l'application du paragraphe (3), le Conseil peut:

a) déterminer quel syndicat sera l'agent négociateur des employés de chacune des unités de négociation définies à l'issue de la révision;

b) modifier l'ordonnance d'accréditation ou la description d'une unité de négociation dans une convention collective;

c) si plusieurs conventions collectives s'appliquent aux employés d'une unité de négociation, déterminer laquelle reste en vigueur;

d) apporter les modifications qu'il estime nécessaires aux dispositions de la convention collective qui portent sur la date d'expiration ou les droits d'ancienneté ou à toute autre disposition de même nature;

e) si les conditions visées aux alinéas 89(1)a) à d) ont été remplies à l'égard de certains des employés d'une unité de négociation, décider quelles conditions de travail leur sont applicables jusqu'à ce que l'unité devienne régie par une convention collective ou jusqu'à ce que les conditions visées à ces alinéas soient remplies à l'égard de l'unité;

f) autoriser l'une des parties à une convention collective à donner à l'autre partie un avis de négociation collective.

[...]

35. (1) Sur demande d'un syndicat ou d'un employeur concernés, le Conseil peut, par ordonnance, déclarer que, pour l'application de la présente partie, les entreprises fédérales associées ou connexes qui, selon lui, sont exploitées par plusieurs employeurs en assurant en commun le contrôle ou la direction constituent une entreprise unique et que ces employeurs constituent eux-mêmes un employeur unique. Il est tenu, avant de rendre l'ordonnance, de donner aux employeurs et aux syndicats concernés la possibilité de présenter des arguments.

(2) Lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1), le Conseil peut décider si les employés en cause constituent une ou plusieurs unités habiles à négocier collectivement.

[7] In contemplation of the Board issuing a single employer declaration, ACPA and ALPA signed the Protocol which established a seniority list integration process. Relevant provisions of the Protocol are as follows:

WHEREAS:

1. ACPA has filed an application with the Canada Industrial Relations Board ("the CIRB"), File No. 21177-C, ("the application") under Sections 35 and 18.1 of the *Canada Labour Code* ("the Code");
2. The application seeks a declaration under Section 35 that Air Canada, Canadian Airlines International Limited ("CAIL"), and two numbered Alberta companies are a single employer operating a single mainline airline under the *Code*;
3. The application also seeks certain consequential relief under Section 18.1 including an order that the two mainline pilot bargaining units at Air Canada and CAIL be consolidated into a single appropriate bargaining unit;
4. ACPA and ALPA wish to expedite the processing of the application, firstly, by agreeing to certain issues where such agreement serves their mutual interests, and, secondly, by agreeing to a process that will result in a fair and timely resolution of other issues upon which they do not agree.

THE PARTIES THEREFORE AGREE THAT:

1. ACPA and ALPA will take the following common positions in their pleadings and submissions with respect to the application:
 - (a) Since January 4, 2000, Air Canada and CAIL have carried on associated or related federal businesses under common control or direction, within the meaning of Section 35;
 - (b) The CIRB ought to exercise its discretion under Section 35 to declare that, for the purposes of Part I of the *Code*, Air Canada and CAIL are a single employer operating a single mainline airline business.

...

[7] En prévision de la déclaration d'employeur unique par le Conseil, l'APAC et l'ALPA ont signé un protocole qui établissait une procédure devant s'appliquer à l'intégration des listes d'ancienneté. Voici les dispositions pertinentes de ce protocole:

ATTENDU QUE

1. L'APAC a saisi le Conseil canadien des relations industrielles («le CCRI») d'une demande «dossier 21177-C» («la demande») fondée sur les articles 35 et 18.1 du *Code canadien du travail* («le Code»);
2. La demande vise à ce qu'il soit déclaré, aux termes de l'article 35, qu'Air Canada, Lignes aériennes Canadien International Ltée («LACI») et deux entreprises à dénomination numérique de l'Alberta constituent un employeur unique exploitant une entreprise de transport aérien de lignes principales unique en vertu du *Code*;
3. La demande vise également à obtenir certaines réparations corrélatives en application de l'article 18.1, dont une ordonnance regroupant les deux unités et négociation des pilotes assurant le service de transport aérien de lignes principales à Air Canada et aux LACI en vue de constituer une seule unité de négociation habile à négocier collectivement;
4. L'APAC et L'ALPA souhaitent accélérer le traitement de la demande, et s'entendent d'abord sur certaines questions lorsqu'il y va de leur intérêt mutuel, et en convenant ensuite d'une procédure qui permettra de régler de manière juste et rapide les autres questions sur lesquelles elles divergent d'opinion.

LES PARTIES CONVIENNENT DÈS LORS DE CE QUI SUIVRAIT:

1. L'APAC et L'ALPA feront valoir ce qui suit dans les plaidoiries et les observations qu'elles présenteront relativement à la demande:
 - a) Depuis le 4 janvier 2000, Air Canada et LACI exploitent des entreprises fédérales associées ou connexes assujetties à une direction ou un contrôle commun au sens de l'article 35;
 - b) Le CCRI devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 35 pour déclarer que, pour l'application de la Partie I du *Code*, Air Canada et LACI constituent un employeur unique exploitant une entreprise de transport aérien de lignes principales unique.

[...]

- (b) Those two units should be combined to form a single mainline pilot bargaining unit at a time to be determined by the CIRB;

...

3. Should the CIRB issue a single employer declaration and find that the two mainline bargaining units at Air Canada and Canadian Airlines ought to be combined, and provided that ACPA and ALPA have not by that time agreed upon an integrated seniority list, ACPA and ALPA will jointly request that an integrated seniority list for Air Canada and CAIL pilots be determined by the following process under Section 18.1 of the *Code*:

- (a) The integration of the two seniority lists shall be determined by a sole arbitrator jointly selected by the parties, namely Morton Mitchnick;
- (b) The arbitrator shall integrate the seniority lists based on such principles as he finds applicable to a bargaining unit consolidation triggered by a single employer declaration under the *Code*;
- (c) The parties are free to make whatever submissions they wish as to what the applicable principles may be;

...

- (f) The scheduling of the arbitration, and the manner in which it will be conducted, will be determined by the arbitrator having regard to such submissions and further agreements (if any) the parties present to the arbitrator;
- (g) The arbitrator shall have all the powers that the Board would itself have in merging seniority lists under the *Code*;
- (h) Prior to the introduction of evidence in the arbitration, ACPA and ALPA will exchange detailed information on the pilot seniority lists at Air Canada and CAIL respectively, as those lists stood on January 3, 2000. The parties will forthwith have further discussions to identify the precise nature and format of the information to be exchanged;
- (i) The arbitrator shall not make an award that alters the relative seniority rankings among employees who are legitimately on the seniority list of either of the two pre-merger pilot groups;

- b) Ces deux unités devraient être regroupées pour former une seule unité de négociation des pilotes de lignes principales à la date que déterminera le CCRI;

[...]

3. Si le CCRI formule une déclaration d'employeur unique et qu'il conclut à la nécessité de regrouper les unités de négociation d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien, et à la condition qu'aucune entente ne soit intervenue entre l'APAC et l'ALPA relativement à l'intégration des listes d'ancienneté, l'APAC et l'ALPA adresseront conjointement une demande au Conseil pour qu'une liste d'ancienneté intégrée des pilotes d'Air Canada et des LACI soit établie conformément à la procédure décrite ci-après, en vertu de l'article 18.1 du *Code*:

- a) la question de l'intégration des deux listes d'ancienneté sera tranchée par un arbitre siégeant seul choisi conjointement par les parties, à savoir M. Morton Mitchnick;
- b) l'arbitre doit intégrer les listes d'ancienneté en s'appuyant sur les principes qu'il juge applicables au regroupement d'unité de négociation à la suite d'une déclaration d'employeur unique en vertu du *Code*;
- c) les parties peuvent présenter les observations de leur choix sur la question des principes applicables;

[...]

- f) le calendrier d'arbitrage et le déroulement de la procédure seront déterminés par l'arbitre après examen des observations et des ententes supplémentaires (le cas échéant) des parties;
- g) l'arbitre est investi de tous les pouvoirs du Conseil aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté en application du *Code*;
- h) avant la production de la preuve à l'arbitrage, l'APAC et l'ALPA s'échangeront des renseignements détaillés au sujet des listes d'ancienneté des pilotes d'Air Canada et des LACI en vigueur en date du 3 janvier 2000. Les parties entameront immédiatement d'autres discussions pour préciser la nature et la forme particulière des renseignements à échanger;
- i) l'arbitre ne peut rendre une décision qui modifie l'ordre d'ancienneté relative des employés qui sont inscrits à bon droit sur la liste d'ancienneté de l'un ou l'autre des deux groupes de pilotes antérieurs;

- (j) Except as provided in the next paragraph the award(s) of the arbitrator shall be final and binding on ACPA, ALPA, Air Canada, CAIL and the pilots of Air Canada and CAIL; and
- (k) The award(s) of the arbitrator shall be incorporated into Board order(s), issued under Subsection 18.1(2) of the *Code*, in order to implement the within agreement of the parties. Such orders will be final orders of the Board, subject only to reconsideration by the Board and/or judicial review under the *Federal Court Act*.
4. With respect to all other issues arising from the application and not specifically addressed herein, ACPA and ALPA are free to advance whatever positions they wish.
- j) sous réserve des modalités énoncées au paragraphe suivant, la ou les décisions de l'arbitre sont finales et exécutoires pour l'APAC, l'ALPA, Air Canada, LACI et les pilotes d'Air Canada et des LACI;
- k) la ou les décisions de l'arbitre devront être incorporées dans la ou les ordonnances rendues par le Conseil sous le régime du paragraphe 18.1(2) du *Code* afin de mettre en œuvre la présente entente des parties. Ces ordonnances du Conseil seront finales et pourront uniquement faire l'objet d'un réexamen par le Conseil ou d'un contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*.
4. En ce qui concerne les autres questions découlant de la demande qui ne sont pas mentionnées dans les présentes, l'APAC et l'ALPA peuvent faire valoir les arguments de leur choix.

[8] The parties requested that the Board approve the Protocol, and by order dated October 17, 2000, the Board approved a single bargaining unit for pilots as well as the seniority list integration process established in Article 3 of the Protocol. The order reads:

WHEREAS following the declaration of a single employer issued by the Board on August 3rd, 2000, the parties hereto have agreed and requested that the two relevant bargaining units of pilots, units n. 6857-U, issued on November 14, 1995, and no. 7258-U, issued on August 29, 1997, are no longer appropriate and should be replaced by a single consolidated pilot bargaining unit at the newly declared Air Canada single employer;

AND WHEREAS, the Air Canada Pilots Association (ACPA) and the Air Line Pilots Association International (ALPA) by Clause 3 and an agreement dated June 29, 2000, have agreed upon a process to determine consequential seniority issues;

IT IS DECLARED, that a single consolidated pilot bargaining unit is the appropriate unit for collective bargaining at the recently declared Air Canada single employer.

IT IS FURTHER DECLARED pursuant to section 18.1 of the *Canada Labour Code* that the Board approves the process for the determination of consequential seniority issues set out in Clause 3 of the agreement signed by ACPA and ALPA on June 29, 2000.

[9] As provided in the Protocol, the arbitration was conducted by Morton G. Mitchnick, an experienced

[8] Les parties ont demandé au Conseil d'approuver le protocole et, par ordonnance datée du 17 octobre 2000, le Conseil a approuvé l'existence d'une unité de négociation unique pour les pilotes, ainsi que la procédure d'intégration des listes d'ancienneté prévue à l'article 3 du protocole. Voici le passage pertinent de cette ordonnance:

ATTENDU QUE, à la suite de la déclaration d'employeur unique rendue par le Conseil le 3 août 2000, les parties en sont venues à une entente sur le fait que les deux unités pertinentes des pilotes, unités n° 6857-U, émise le 14 novembre 1995 et n° 7258-U, émise le 29 août 1997, ne sont plus habiles à négocier et qu'elles devraient être remplacées par une seule unité de négociation regroupée de pilotes chez l'employeur unique Air Canada récemment déclaré comme tel;

ET ATTENDU QUE l'Association des pilotes d'Air Canada (APAC) et l'Association des pilotes des lignes aériennes (ALPA), selon la clause 3 d'une entente en date du 29 juin 2000, se sont mises d'accord sur une méthode pour traiter toutes questions relatives à l'ancienneté qui pourrait en découler;

EN CONSÉQUENCE, le Conseil déclare qu'une seule unité de négociation regroupée de pilotes est l'unité habile à négocier chez l'employeur unique Air Canada récemment déclaré comme tel.

ET DE PLUS, le Conseil déclare en vertu de l'article 18.1 du *Code canadien du travail* qu'il approuve la méthode choisie pour traiter les questions relatives à l'ancienneté qui pourraient en découler telle qu'elle apparaît à la clause 3 de l'entente signée par l'APAC et l'ALPA le 29 juin 2000.

[9] Tel qu'il était prévu dans le protocole, c'est Morton G. Mitchnick, un arbitre d'expérience dans le

labour arbitrator. The procedure conducted by arbitrator Mitchnick involved a combination of hearings, submissions from counsel, presentations by the pilot merger committees, and meetings with pilot groups. Mr. Mitchnick conducted his arbitration in accordance with the Protocol and used January 4, 2000, as the integration date for seniority list purposes, which is the date when the airlines began carrying on associated businesses.

[10] On March 31, 2001, Mr. Mitchnick issued his award. Although he did have some regard for a number of prior arbitral awards, he did not articulate specifically the principles applicable to a bargaining unit consolidation triggered by a single employer declaration under the Code. Rather, a factual finding of economic disparity between Canadian and Air Canada on January 4, 2000, was the primary rationale supporting the award, as well as the need for the protection of pre-existing Air Canada employees holding negotiated “no lay-off” guarantees as far in the future as June 2005.

[11] Further, the award took into account the disparity in the hiring patterns of Air Canada and Canadian. Canadian hiring virtually ended in 1990. On the other hand, Air Canada, from 1995 onward, was in an unprecedented growth mode, augmenting the size of its pilot force by roughly two-thirds as of the date of the merger. This created an imbalance in the demography, with the Canadian pilots all bearing dates of hire of 1990 or earlier, and almost half of the Air Canada pilots bearing hiring dates of 1995 or later. This hiring disparity made a “date of hire” integration inequitable, and therefore a ratio approach to seniority list integration was taken by Mr. Mitchnick.

[12] Mr. Mitchnick also awarded a variable category ratio, as proposed by ACPA, which gave a substantial ratio premium to former Air Canada pilots on the basis that Air Canada had rescued Canadian, and that this should be reflected in the seniority list integration.

domaine du travail, qui a procédé à l'arbitrage. La procédure suivie par l'arbitre Mitchnick faisait appel à la fois à des audiences, des observations des avocats, des présentations des comités de pilotes portant sur la fusion et des réunions avec des groupes de pilotes. M. Mitchnick a mené la procédure d'arbitrage en conformité avec le protocole et il a choisi le 4 janvier 2000, soit la date à laquelle les sociétés aériennes ont commencé à exploiter des entreprises associées, comme date devant servir aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté.

[10] M. Mitchnick a rendu sa décision le 31 mars 2001. Bien qu'il ait tenu compte de certaines décisions arbitrales antérieures, il n'a pas formulé spécifiquement les principes applicables au regroupement d'unités de négociation à la suite d'une déclaration d'employeur unique en vertu du Code. La décision avait plutôt pour principal fondement une conclusion de fait quant à la disparité existant au plan économique entre Canadien et Air Canada le 4 janvier 2000, et reposait aussi sur la nécessité de protéger les employés d'Air Canada d'avant la fusion qui disposaient de garanties conventionnelles de «non-licenciement» dont la portée s'étendait jusqu'en juin 2005.

[11] La décision tenait compte, en outre, des différences existant dans les tendances en matière d'embauche d'Air Canada et de Canadien. L'embauche chez Canadien a pratiquement cessé à partir de 1990. Air Canada, par contre, a connu une croissance sans précédent, et de 1995 jusqu'à la date de la fusion, le nombre de ses pilotes a augmenté d'environ les deux tiers. Il en est donc résulté un déséquilibre de nature démographique, pratiquement tous les pilotes de Canadien ayant été embauchés au plus tard en 1990, et près de la moitié des pilotes d'Air Canada l'ayant été à partir de 1995. Ce déséquilibre dans l'embauche rendait inéquitable une intégration «en fonction de la date d'embauche» et, par conséquent, M. Mitchnick a recouru à une approche fondée sur un ratio pour l'intégration des listes d'ancienneté.

[12] M. Mitchnick a également recouru à un ratio variable par catégorie, tel que l'APAC l'avait proposé, en fonction duquel le ratio était considérablement bonifié pour les pilotes d'Air Canada au motif que celle-ci s'était portée à la rescousse de Canadien, et que l'intégration

Former Air Canada pilots were also advantaged by the award of a number of conditions or restrictions known as “fences” on the ordinary operation of the seniority list, lasting either five or 10 years. These “fences” included exclusive bidding rights for Air Canada pilots on certain wide-body aircraft, layoff protection so that no pre-merger Air Canada pilot could be laid off until 422 former Canadian pilots had been laid off, and special protection so that positions awarded on the winter 2000 bid list set the baseline for the first bid conducted under the integrated list.

[13] On May 2, 2001, a Board order was issued confirming that the seniority of pilots in the new bargaining unit was to be determined in accordance with the Mitchnick award.

[14] On May 11, 2001, ALPA applied for reconsideration of the May 2, 2001, Board order and the Board issued a letter on August 14, 2001, indicating that it would engage in a full reconsideration of the Mitchnick award. The Board held reconsideration hearings until January, 2002. During these hearings neither party argued that a date other than January 4, 2000, should be used for integration of the seniority lists, and the January 4, 2000, date used by arbitrator Mitchnick was not one of the grounds upon which ALPA applied for reconsideration.

[15] The Board issued its 91-page reconsideration decision on July 10, 2002. The Board focussed on whether the principles used by arbitrator Mitchnick were consistent with the intent of the Code, given that the bargaining unit integration resulted from a single employer declaration under section 35 and a subsequent merger of bargaining units under section 18.1 of the Code. In conducting its reconsideration, the Board applied its ordinary reconsideration policies, standards and practices to review the Mitchnick award as prescribed by section 18 of the Code and section 44 of the *Canada Industrial Relations Board Regulations*,

des listes d’ancienneté devait en tenir compte. Les anciens pilotes d’Air Canada ont également été avantagés par l’octroi d’un certain nombre de conditions ou restrictions, désignées sous le nom d’«obstacles», ayant un effet pour une durée de cinq ou de 10 ans sur l’application régulière de la liste d’ancienneté. Parmi ces «obstacles», il y avait des droits de postulation exclusifs accordés aux pilotes d’Air Canada à l’égard d’un certain gros porteur, une garantie de non-licenciement prévoyant qu’aucun pilote d’Air Canada embauché avant la fusion ne puisse être licencié avant que 422 anciens pilotes de Canadien l’aient été, ainsi qu’une protection spéciale prévoyant que les postes accordés à partir de la liste de postulations de l’hiver 2000 servent de fondement pour la première offre de postes à laquelle on procédera au moyen de la liste intégrée.

[13] Le 2 mai 2001, le Conseil a rendu une ordonnance confirmant que l’ancienneté des pilotes au sein de la nouvelle unité de négociation devait être établie en conformité avec la décision de l’arbitre Mitchnick.

[14] Le 11 mai 2001, l’ALPA a demandé le réexamen de l’ordonnance du 2 mai 2001 du Conseil, et le Conseil a annoncé par lettre le 14 août 2001 qu’il procéderait à un réexamen complet de la décision de l’arbitre Mitchnick. Le Conseil a tenu des audiences de réexamen jusqu’en janvier 2002. Lors des audiences, aucune partie n’a soutenu qu’on devrait se servir d’une autre date que le 4 janvier 2000 aux fins de l’intégration des listes d’ancienneté, et le recours à cette date par l’arbitre Mitchnick n’a pas été l’un des motifs de la demande de réexamen de l’ALPA.

[15] Le Conseil a rendu sa décision de réexamen de 91 pages le 10 juillet 2002. Le Conseil a principalement examiné si les principes appliqués par l’arbitre Mitchnick étaient conformes à l’esprit du Code, compte tenu du fait que l’intégration de l’unité de négociation faisait suite à une déclaration d’employeur unique en vertu de l’article 35 et à un regroupement subséquent des unités de négociation en vertu de l’article 18.1 du Code. Dans le cadre de son réexamen de la décision de l’arbitre Mitchnick, le Conseil a appliqué ses politiques, normes et pratiques courantes en la matière, tel que le prévoient l’article 18 du Code et l’article 44 du *Règlement de 2001*

2001, SOR/2001-520 (the Regulations). Section 18 [of the Code] and section 44 [of the Regulations] provide:

[The Code]

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application.

[The Regulations]

44. The circumstances under which an application shall be made to the Board exercising its power of reconsideration under section 18 of the Code include the following:

- (a) the existence of facts that were not brought to the attention of the Board, that, had they been known before the Board rendered the decision or order under reconsideration, would likely have caused the Board to arrive at a different conclusion;
- (b) any error of law or policy that casts serious doubt on the interpretation of the Code by the Board;
- (c) a failure of the Board to respect a principle of natural justice; and
- (d) a decision made by a Registrar under section 3.

[16] The Board held that in the context of seniority list integration under the Code, its role is to protect negotiated rights and to amend such existing rights only to the extent necessary to produce a fair and equitable result. In this case, the Board held that circumstances prior to January 4, 2000, were not determinative because the rights of the Canadian pilots had been enhanced by a new collective agreement signed at the end of March 2000. Thus, at the time of the arbitration and its bargaining unit consolidation order of October 17, 2000, the rights of the two groups of pilots were substantially the same. Accordingly, the Board chose October 17, 2000, as the date as of which the seniority lists should be integrated, rather than January 4, 2000.

[17] The Board indicated that October 17, 2000, accorded with the legal and factual reality of when the

sur le Conseil canadien des relations industrielles, DORS/2001-520 (le Règlement). Voici le libellé de ces articles 18 et 44:

[Le Code]

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

[Le Règlement]

44. Les circonstances dans lesquelles une demande de réexamen peut être présentée au Conseil sur le fondement du pouvoir de réexamen que lui confère l'article 18 du Code comprennent les suivantes:

- a) la survenance de faits nouveaux qui, s'ils avaient été portés à la connaissance du Conseil avant que celui-ci ne rende la décision ou l'ordonnance faisant l'objet d'un réexamen, l'auraient vraisemblablement amené à une conclusion différente;
- b) la présence d'erreurs de droit ou de principe qui remettent véritablement en question l'interprétation du Code donnée par le Conseil;
- c) le non-respect par le Conseil d'un principe de justice naturelle;
- d) toute décision rendue par un greffier aux termes de l'article 3.

[16] Le Conseil a statué qu'en regard de l'intégration des listes d'ancienneté en vertu du Code, son rôle consistait à protéger les droits négociés et à ne modifier les droits existants que dans la mesure requise pour obtenir un résultat juste et équitable. Le Conseil a statué qu'en l'espèce les circonstances antérieures au 4 janvier 2000 n'avaient pas un caractère déterminant, puisqu'une nouvelle convention collective conclue à la fin de mars 2000 avait renforcé les droits des pilotes de Canadien. Au moment de l'arbitrage et de son ordonnance du 17 octobre 2000 prévoyant le regroupement des unités de négociation, ainsi, les droits des deux groupes de pilotes étaient fondamentalement les mêmes. Le Conseil a par conséquent choisi le 17 octobre 2000, plutôt que le 4 janvier 2000, comme date à laquelle les listes d'ancienneté devaient être intégrées.

[17] Le Conseil a précisé que le 17 octobre 2000 correspondait bien dans les faits et au plan juridique au

bargaining units actually merged. Prior to this date, the bargaining units acted independently and were legally and factually distinct entities. The Board stated that January 4, 2000, when Canadian and Air Canada commenced carrying on businesses in common, did not reflect the statutory and industrial relations realities, as the merger of two businesses is not determinative of the merger of bargaining units. October 17, 2000, the date of the order consolidating the two formerly separate bargaining units, was to be used unless there were valid reasons for ordering a different date. Up until this date, the two units had continued to represent their member employees separately, and major collective agreement changes were independently made by each unit after the business merger, but before the bargaining unit merger.

[18] The Board concluded that the arbitrator erred in respect of the application of sections 35 and 18.1 of the Code. In particular, it found that the award was inconsistent with Article 3 of the Protocol, failed to apply and give effect to a remedial approach to seniority list integration as directed by the Code, gave improper emphasis to economic considerations and failed to provide a clear explanation and rationale for the basis upon which pilot ratio categories were defined.

[19] The Board also held that the arbitrator erred by adopting an approach to seniority list integration which was deliberately designed to premium or advantage the ACPA pilots, contrary to the intention of the Code. The Board set aside the Mitchnick award and directed a process for redetermining the seniority list integration in accordance with proper Code principles.

[20] At a Board hearing on October 3, 2002, requested by the parties to determine the new process, ALPA accepted October 17, 2000, as the date of integration. However, despite the Board's invitation to ACPA to put forward another date, ACPA chose not to do so.

moment où il y avait véritablement eu fusion des unités de négociation. Avant cette date, les unités de négociation agissaient de manière indépendante et étaient légalement et dans les faits des entités distinctes. Le Conseil a déclaré que la date du 4 janvier 2000, soit celle à laquelle Canadien et Air Canada ont commencé à exploiter des entreprises en commun, ne correspondait pas à la situation réelle aux plans législatif et des relations industrielles, la fusion des deux entreprises n'ayant pas d'effet déterminant sur la fusion des unités de négociation. Il fallait recourir au 17 octobre 2000, la date de l'ordonnance regroupant les deux unités de négociation auparavant distinctes, à moins qu'il n'y ait des raisons valables d'ordonner le recours à une autre date. Jusqu'au 17 octobre 2000, chacune des deux unités a continué de façon distincte de représenter les employés qui en étaient membres, et a apporté d'importantes modifications à la convention collective de manière indépendante, après la fusion des entreprises mais avant celle des unités de négociation.

[18] Le Conseil a conclu que l'arbitre avait appliqué de manière erronée les articles 35 et 18.1 du Code. Il a conclu, en particulier, que sa décision était incompatible avec l'article 3 du protocole, qu'il n'avait pas utilisé et appliqué une approche remédiate pour intégrer les listes d'ancienneté tel que le Code le lui enjoignait, qu'il n'avait pas tenu suffisamment compte des facteurs économiques et qu'il n'avait pas expliqué ni justifié clairement selon quels fondements les catégories de ratios relatifs aux pilotes avaient été établies.

[19] Le Conseil a également statué que l'arbitre avait commis une erreur en intégrant les listes d'ancienneté selon une approche visant délibérément à privilégier ou favoriser les pilotes de l'APAC, en violation de l'esprit du Code. Le Conseil a infirmé la décision de l'arbitre Mitchnick, et a fixé le processus à suivre pour procéder à une nouvelle intégration des listes d'ancienneté en conformité avec les principes véritables du Code.

[20] À une audience du Conseil tenue le 3 octobre 2002 à la demande des parties pour que soit établi le nouveau processus, l'ALPA a accepté le 17 octobre 2000 comme date de l'intégration. Bien que le Conseil l'ait conviée à proposer une autre date, l'APAC n'en a proposé aucune.

Standard of Review

[21] An issue at the outset is the determination of the appropriate standard by which the Board's decision of July 10, 2002 is to be reviewed by this Court. That standard must be determined by conducting a pragmatic and functional analysis in accordance with factors enunciated by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (*Pushpanathan*). These factors include the presence or absence of a privative clause, the expertise of the tribunal, the purposes and objectives of the constituent legislation, and the nature of the issue to be resolved. The object of this analysis is to determine whether Parliament intended that the courts or the Board make the ultimate decision in order to dispose of the case (see *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 (*Canadian Broadcasting Corp.*), at paragraph 30).

[22] First of all, Board decisions are protected by a privative clause in subsections 22(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56] and (2), which read as follows:

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 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 or 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.

The Supreme Court of Canada has repeatedly described this privative clause as broad and expansive, so as to be

Norme de contrôle judiciaire

[21] Une question à trancher d'entrée de jeu, c'est celle de la norme de contrôle que notre Cour doit appliquer à la décision du 10 juillet 2002 du Conseil. Cette norme doit être établie au moyen d'une analyse pragmatique et fonctionnelle tenant compte des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 (*Pushpanathan*). Parmi ces facteurs, il y a la présence ou l'absence d'une clause privative, l'expertise du tribunal, les objectifs de la loi constitutive ainsi que la nature de la question à régler. Cette analyse vise à établir qui des tribunaux ou du Conseil doit rendre la décision finale, selon l'intention du législateur, pour trancher l'affaire (se reporter à *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (*Société Radio-Canada*), au paragraphe 30).

[22] Pour ce qui est du premier facteur, les paragraphes 22(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56] et (2) constituent une clause privative qui protège les décisions du Conseil:

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, 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*.

La Cour suprême du Canada a décrit à maintes reprises cette clause privative comme ayant une large portée, qui

indicative of the deference Parliament intended to be shown to Board decisions and orders (see *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 (*Royal Oak Mines*), at paragraph 36; *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432 (*Prince Rupert Grain*), at paragraph 42).

[23] Second, it is well recognized by the Supreme Court of Canada that the Board is a specialized and expert tribunal better suited than the courts to weigh the interests of employers, employees, and unions and to administer the provisions of the Code to the issues which come before it (*Canadian Broadcasting Corp.*, at paragraph 53). In turn, this Court has recognized the expertise of the Board as a factor in deferring to Board decisions (see *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139 (C.A.) (*VIA Rail*), at paragraphs 30-32; *Telus Advanced Communications, a division of Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union* (2002), 293 N.R. 364 (F.C.A.), at paragraphs 39-43).

[24] The third factor in the *Pushpanathan* analysis is the objectives and purposes of the Code, which is a further reason for deferring to Board decisions. Such objectives and purposes are readily ascertainable from its preamble.

[25] As noted by Cory J. in *Royal Oak Mines*, at paragraph 73:

The preamble in Part I of the *Canada Labour Code* sets out its purposes and objectives. These include (a) the promotion of the common well-being; (b) the encouragement of free collective bargaining; (c) the constructive settlement of disputes; (d) freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations; (e) good working conditions and sound labour-management relations; and (f) good industrial relations which are in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all.

[26] The final factor in the *Pushpanathan* analysis is the nature of the question. In this case, the question is

dénote la retenue dont le législateur désire qu'on fasse preuve à l'égard des décisions et ordonnances du Conseil (se reporter à *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (*Royal Oak Mines*), au paragraphe 36; et à *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432 (*Prince Rupert Grain*), au paragraphe 42).

[23] En ce qui concerne le deuxième facteur, il est bien reconnu par la Cour suprême du Canada que le Conseil est un tribunal spécialisé qui est en meilleure situation que les tribunaux pour apprécier les intérêts des employeurs, des employés et des syndicats, et pour appliquer les dispositions du Code aux questions dont il est saisi (*Société Radio-Canada*, au paragraphe 53). Notre Cour, à son tour, a reconnu la compétence spécialisée du Conseil comme facteur justifiant qu'on fasse preuve de retenue à l'endroit de ses décisions (se reporter à *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139 (C.A.) (*VIA Rail*), aux paragraphes 30 à 32, et à *Telus Advanced Communications, division de Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications* (2002), 293 N.R. 364 (C.A.F.), aux paragraphes 39 à 43).

[24] Le troisième facteur de l'analyse, selon *Pushpanathan*, a trait aux objectifs du Code, et constitue un motif additionnel pour faire preuve de retenue à l'égard des décisions du Conseil. Le préambule du Code permet facilement d'en dégager les objectifs.

[25] Le juge Cory a fait remarquer ce qui suit, au paragraphe 73 de *Royal Oak Mines*:

Les objectifs du *Code canadien du travail* sont énoncés dans son préambule à la partie I. Parmi ceux-ci on compte a) celui de favoriser le bien-être de tous; b) l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives; c) le règlement positif des différends; d) la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives comme fondements de relations du travail fructueuses; e) de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs; f) de bonnes relations du travail qui servent l'intérêt du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès.

[26] Le dernier facteur de l'analyse, selon *Pushpanathan*, concerne la nature de la question en

whether the CIRB had the jurisdiction to review its May 2, 2001, order by which it confirmed the Mitchnick award. This essentially involves the interpretation and application of a number of inter-related provisions of the Code and Regulations. This is the CIRB's home legislative framework with which it has considerable interpretive experience.

[27] The CIRB Regulations provide that the Board will review its orders where they indicate a serious error of law or policy in the interpretation of the Code. In this case, the Board was required to determine whether the May 2, 2001, order which confirmed the Mitchnick award casts serious doubt on the interpretation of the Code, as related to the principles applicable to bargaining unit integration and the treatment of existing collective agreement rights. Given the CIRB's expertise in this area, I think these are questions that Parliament intended to be left to the Board rather than the courts.

[28] In my view, all the above factors point to the conclusion that the CIRB's decision should be reviewed on a standard of patent unreasonableness.

Alleged Errors

[29] The core of ACPA's application for judicial review centers on its submission that the Board did not have the jurisdiction to override any part of the Protocol. The basis for its position is that the Board is bound by paragraph 18.1(2)(a) of the Code, which reads as follows:

18.1 . . .

(2) If the Board reviews, pursuant to subsection (1) or section 35 or 45, the structure of the bargaining units, the Board

(a) must allow the parties to come to an agreement, within a period that the Board considers reasonable, with respect to the determination of bargaining units and any questions arising from the review;

[30] The ACPA argument is that subsection 18.1(3) of the Code sets out the only circumstances where the

litige. En l'espèce, cette question est celle de savoir si le CCRI avait compétence pour réviser son ordonnance du 2 mai 2001 par laquelle il a confirmé la décision de l'arbitre Mitchnick. Cela requiert essentiellement d'interpréter et d'appliquer diverses dispositions interreliées du Code et du Règlement. C'est là le propre cadre législatif du CCRI, que celui-ci a eu de nombreuses occasions d'interpréter.

[27] Le Règlement sur le CCRI prévoit que le Conseil peut réexaminer ses propres ordonnances en présence d'erreurs de droit ou de principe qui remettent véritablement en question l'interprétation du Code. En l'espèce, le Conseil devrait décider si l'ordonnance du 2 mai 2001 qui confirmait la décision de l'arbitre Mitchnick remettait sérieusement en question l'interprétation du Code, en ce qui a trait aux principes applicables à l'intégration d'unités de négociation et au traitement de droits existants issus d'une convention collective. Étant donné les compétences spécialisées du CCRI dans le domaine, j'estime qu'il s'agit là de questions que le législateur comptait laisser de son ressort plutôt que de les confier aux tribunaux.

[28] À mon avis, tous les facteurs susmentionnés conduisent à conclure que la norme de contrôle applicable à la décision du CCRI est celle de la décision manifestement déraisonnable.

Erreurs alléguées

[29] L'élément central de la demande de contrôle judiciaire de l'APAC, c'est sa prétention selon laquelle le Conseil n'avait pas compétence pour déroger à quelque partie que ce soit du protocole. Le fondement de cette prétention, c'est que le Conseil est lié par l'alinéa 18.1(2)a) du Code, dont voici le libellé:

18.1 [. . .]

(2) Dans le cas où, en vertu du paragraphe (1) ou des articles 35 ou 45, le Conseil révisé la structure des unités de négociation:

a) il donne aux parties la possibilité de s'entendre, dans le délai qu'il juge raisonnable, sur la détermination des unités de négociation et le règlement des questions liées à la révision;

[30] L'argument de l'APAC, c'est que le paragraphe 18.1(3) du Code prévoit les seules circonstances dans

Board may interfere with or override the agreement of the parties; i.e. when there is a timeliness issue or where their agreement would not lead to the creation of units appropriate for collective bargaining. For convenience, I again reproduce subsection 18.1(3):

18.1 . . .

(3) If the Board is of the opinion that the agreement reached by the parties would not lead to the creation of units appropriate for collective bargaining or if the parties do not agree on certain issues within the period that the Board considers reasonable, the Board determines any question that arises and makes any orders it considers appropriate in the circumstances.

[31] The Protocol constitutes a timely agreement between the parties, pursuant to paragraph 18.1(2)(a) of the Code. In turn, the Board's order of May 2, 2001, implementing the Mitchnick award, was properly issued in accordance with paragraph 18.1(2)(b). However, in my analysis, ALPA's application for reconsideration cannot fall within subsection 18.1(3), as it neither raises timeliness issues between the parties, nor questions as to whether the Protocol would lead to the creation of units appropriate for collective bargaining. Accordingly, the Board quite properly resorted to section 18 of the Code, its long-established review section, in conducting the reconsideration of its own May 2, 2001, order. Section 18 reads as follows:

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application. [Emphasis added.]

[32] ACPA's argument continues that since the Board already agreed with the parties that a single bargaining unit was appropriate, the Board was required under paragraph 18.1(2)(a) to adhere to the terms of the Protocol on all other questions. Specifically, the Board is said to have overridden the Protocol in three ways: (1) unilaterally changing the integration date from January 4, 2000, to October 17, 2000; (2) resorting to rights arbitration principles instead of interest arbitration principles as agreed; and (3) imposing its own

lesquelles le Conseil peut modifier l'entente des parties ou y déroger, soit lorsque le respect de délais est en cause ou lorsque l'entente ne permet pas d'établir des unités habiles à négocier collectivement. Par souci de commodité, voici de nouveau le libellé du paragraphe 18.1(3):

18.1 [. . .]

(3) Si le Conseil est d'avis que l'entente conclue par les parties ne permet pas d'établir des unités habiles à négocier collectivement ou si certaines questions ne sont pas réglées avant l'expiration du délai qu'il juge raisonnable, il lui appartient de trancher toute question en suspens et de rendre les ordonnances qu'il estime indiquées dans les circonstances.

[31] Le protocole est une entente conclue entre les parties dans un délai raisonnable, aux termes de l'alinéa 18.1(2)a) du Code. À son tour, l'ordonnance du 2 mai 2001 du Conseil, qui mettait en œuvre la décision de l'arbitre Mitchnick, a été valablement rendue en conformité avec l'alinéa 18.1(2)b). D'après mon analyse, toutefois, la demande de réexamen de l'ALPA ne tombe pas sous le coup du paragraphe 18.1(3), puisqu'elle ne soulève pas de question de respect de délais par les parties, ni de question quant à savoir si le protocole permet d'établir des unités habiles à négocier collectivement. Le Conseil, par conséquent, a eu recours à bon droit à l'article 18 du Code, les dispositions de longue date en matière de révision, pour procéder au réexamen de sa propre ordonnance du 2 mai 2001. Voici l'article 18 du Code:

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet. [Je souligne.]

[32] L'APAC poursuit son argumentation en disant que, puisque le Conseil avait déjà convenu avec les parties qu'une unité unique serait habile à négocier collectivement, il était tenu en vertu de l'alinéa 18.1(2)a) de souscrire aux dispositions du protocole à l'égard de toute autre question. Plus spécifiquement, le Conseil aurait dérogé de trois manières au protocole: 1) en changeant unilatéralement, du 4 janvier 2000 au 17 octobre 2000, la date de l'intégration; 2) en recourant à des principes d'arbitrage fondés sur les droits, plutôt que

integration principles instead of letting Mr. Mitchnick choose his own principles as the Protocol permits.

[33] In dealing with the date of the merger of Air Canada and Canadian, it is apparent there is no express agreement in the Protocol as to a date for seniority list integration. Paragraph 1(a) recognized that since January 4, 2000, Air Canada and Canadian had carried on associated or related businesses under common control or direction, but that is not tantamount to an agreement that the date for seniority list integration is that very same date.

[34] Paragraph 3(h) of the Protocol provides for an exchange of information, the pilot seniority lists at Air Canada and at Canadian as those lists stood on January 3, 2000. Again, this does not constitute an express agreement that the date for seniority list integration was to be January 4, 2000.

[35] Nor do I think agreement as to a January 4, 2000 date for seniority list integration is an implied term of the Protocol. Where an agreement is expressed in writing, courts are reluctant to go beyond the written words. Where, as in this case, the imposition of the implied term would be based on the presumed intentions of the parties, the term must be necessary to give business efficacy to the agreement or otherwise meet the "officious bystander" test. To satisfy this test, the term must be one "which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed." (See *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at page 775.) There must be strong evidence to permit the imposition of an implied term (see *Fridman, G. H. L., The Law of Contract in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1999), at page 501.) In this case I have not been persuaded by the evidence that the January 4, 2000 date is an implied term of the Protocol.

sur les intérêts comme il avait été convenu; 3) en imposant ses propres principes en matière d'intégration, plutôt qu'en laissant M. Mitchnick s'appuyer sur les principes qu'il jugeait applicables, tel que le protocole le lui permettait.

[33] En ce qui concerne la date de la fusion d'Air Canada et de Canadien, il est manifeste qu'il n'y avait aucune entente expresse dans le protocole quant à la date de l'intégration des listes d'ancienneté. L'alinéa 1a) reconnaissait que, depuis le 4 janvier 2000, Air Canada et Canadien exploitaient des entreprises associées ou connexes assujetties à une direction ou un contrôle commun. Cela n'équivalait toutefois pas à une entente selon laquelle l'intégration des listes d'ancienneté devait se faire à la même date.

[34] L'alinéa 3h) du protocole prévoit un échange de renseignements au sujet des listes d'ancienneté des pilotes d'Air Canada et de Canadien en vigueur en date du 3 janvier 2000. Encore une fois, ce n'est pas là une entente expresse portant que la date de l'intégration des listes d'ancienneté devait être le 4 janvier 2000.

[35] Je ne crois pas non plus que le protocole comporte comme terme implicite une entente quant au fait que le 4 janvier 2000 doive être la date de l'intégration des listes d'ancienneté. Quand une entente est consignée par écrit, les tribunaux hésitent à aller au-delà de son libellé. Lorsque, comme en l'espèce, il faudrait se fonder sur l'intention présumée des parties pour dégager le terme implicite, celui-ci doit être nécessaire pour assurer à l'entente son efficacité commerciale, ou doit sinon satisfaire au critère de «l'observateur objectif». Pour satisfaire à ce critère, le terme doit en être un «dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise». (Voir *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, à la page 775.) Il faut une forte preuve pour qu'on puisse introduire un terme implicite (se reporter à *Fridman, G. H. L., The Law of Contract in Canada*, 4^e éd. (Toronto: Carswell, 1999), à la page 501). En l'espèce, la preuve ne m'a pas convaincu que la date du 4 janvier 2000 constitue un terme implicite du protocole.

[36] At the Board hearing on October 3, 2002, ACPA had an opportunity to advance a date of integration other than October 17, 2000. The fact that the Board was willing to reconsider that date was obvious from its reasons, in which it indicated that October 17, 2000, was to be used unless there were valid reasons to order a different date. Indeed, the opportunity for ACPA to advance a new date before the Board still exists.

[37] The failure to raise a new date before the Board on October 3, 2002, removes any argument ACPA might have that it had detrimentally relied on ALPA's conduct in the past or that the Board had denied ACPA procedural fairness when it unilaterally changed the date without notice to ACPA.

[38] Even if the Board had been in error in not adhering to the January 4, 2000 date for seniority list integration, this is one of those occasions where this Court should exercise its discretion, and decline to provide the remedy the applicant requests; there being an alternate remedy available (see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 37), i.e. the invitation of the Board to advance a date of seniority list integration other than October 17, 2000 on October 3, 2002.

[39] The second issue raised by ACPA is that, notwithstanding the parties agreement that seniority issues would be resolved through interest arbitration, the Board ignored this agreement and conducted its reconsideration on the basis of existing collective bargaining rights and a rights-based arbitration.

[40] The Board did not disregard the parties' agreement that arbitrator Mitchnick would operate as an interest arbitrator. The fact that the Board looked at the parties' respective collective agreement rights as of the date of the bargaining unit merger does not mean the Board viewed Mr. Mitchnick as a rights arbitrator. Indeed, there is no requirement that interest arbitrators begin afresh or are precluded from looking at the

[36] À l'audience du Conseil du 3 octobre 2002, l'APAC a eu l'occasion de proposer une date d'intégration autre que le 17 octobre 2000. Il ressort manifestement de ses motifs que le Conseil était disposé à reconsidérer cette date; on y précisait en effet qu'on devait recourir à la date du 17 octobre 2000, à moins qu'il n'existe des raisons valables d'ordonner le recours à une autre. De fait, il est toujours loisible à l'APAC de proposer une nouvelle date au Conseil.

[37] Le défaut de faire valoir une nouvelle date à l'audience du 3 octobre 2002 du Conseil empêche maintenant l'APAC d'avancer tout argument voulant qu'elle se soit fondée à son détriment sur la conduite passée de l'ALPA, ou que le Conseil ait manqué à l'équité procédurale à son endroit en changeant unilatéralement de date sans l'aviser.

[38] Même si le Conseil avait commis une erreur en ne recourant pas à la date du 4 janvier 2000 aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté, c'est là une des occasions où notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'accorder la mesure de redressement sollicitée par le demandeur. Le motif en est qu'une autre mesure de redressement est disponible (voir *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 37), à savoir l'invitation faite par le Conseil de proposer le 3 octobre 2002 une autre date que le 17 octobre 2000 aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté.

[39] La seconde question soulevée par l'APAC concerne le fait que, bien que les parties se soient entendues pour que les questions d'ancienneté soient réglées par arbitrage d'intérêts, le Conseil en a fait abstraction et a procédé à son réexamen en se fondant sur les droits issus de convention collective existants et en recourant à un arbitrage de droits.

[40] Le Conseil n'a pas fait abstraction de l'entente entre les parties portant que M. Mitchnick agisse comme arbitre d'intérêts. Le fait que le Conseil ait examiné les droits issus de convention collective respectifs des parties à la date de la fusion des unités de négociation ne veut pas dire qu'il considérait M. Mitchnick comme un arbitre de droits. D'ailleurs, rien n'exige que les arbitres d'intérêts partent à zéro ni ne les empêche de se pencher

existing collective agreement rights. I cannot say that the Board's methods and analysis used in its reconsideration of the Mitchnick award were patently unreasonable.

[41] Finally, the question of whether the Board erred in overturning the Mitchnick award on the basis that Mr. Mitchnick applied improper principles is part of the mandate prescribed for the Board under paragraph 44(b) of the Regulations. The Protocol did not give Mr. Mitchnick the freedom to choose and apply whatever principles he wished. On the contrary, Mr. Mitchnick's decision-making powers were clearly circumscribed by the principles that apply under the Code following a section 35 declaration.

Deference to Arbitration Award

[42] It is argued by ACPA that section 44 of the Regulations limits the issues that can be raised on an application for reconsideration under section 18 of the Code, so as to prevent the Board from altering the January 4, 2000, date chosen by the arbitrator for seniority list integration. Section 44 reads:

44. The circumstances under which an application shall be made to the Board exercising its power of reconsideration under section 18 of the Code include the following:

- (a) the existence of facts that were not brought to the attention of the Board, that, had they been known before the Board rendered the decision or order under reconsideration, would likely have caused the Board to arrive at a different conclusion;
- (b) any error of law or policy that casts serious doubt on the interpretation of the Code by the Board;
- (c) a failure of the Board to respect a principle of natural justice; and
- (d) a decision made by a Registrar under section 3.

[43] When conducting a reconsideration under section 18 of the Code, the Board must do so in accordance with the Board's ordinary policies, standards and practices for

sur les droits issus de convention collective existants. Je ne puis déclarer que les méthodes et l'analyse auxquelles le Conseil a recouru lorsqu'il a réexaminé la décision de l'arbitre Mitchnick étaient manifestement déraisonnables.

[41] Pour ce qui est, finalement, de la question de savoir si le Conseil a commis une erreur en infirmant la décision de M. Mitchnick au motif que ce dernier avait appliqué des principes inappropriés, cela relève du mandat qui est conféré au Conseil par l'alinéa 44b) du Règlement. Le protocole n'accordait pas à M. Mitchnick la liberté de choisir et d'appliquer les principes qu'il voulait bien. Au contraire, les décisions à prendre par M. Mitchnick devaient clairement s'appuyer sur les principes applicables par suite d'une déclaration en vertu de l'article 35 du Code.

Retenue à l'égard d'une décision arbitrale

[42] L'APAC soutient que l'article 44 du Règlement restreint les questions pouvant être soulevées dans le cadre d'une demande de réexamen en vertu de l'article 18 du Code, ce qui empêche le Conseil de modifier la date du 4 janvier 2000 choisie par l'arbitre aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté. L'article 44 prévoit ce qui suit:

44. Les circonstances dans lesquelles une demande de réexamen peut être présentée au Conseil sur le fondement du pouvoir de réexamen que lui confère l'article 18 du Code comprennent les suivantes:

- a) la survenance de faits nouveaux qui, s'ils avaient été portés à la connaissance du Conseil avant que celui-ci ne rende la décision ou l'ordonnance faisant l'objet d'un réexamen, l'auraient vraisemblablement amené à une conclusion différente;
- b) la présence d'erreurs de droit ou de principe qui remettent véritablement en question l'interprétation du Code donnée par le Conseil;
- c) le non-respect par le Conseil d'un principe de justice naturelle;
- d) toute décision rendue par un greffier aux termes de l'article 3.

[43] Lorsqu'il procède à un réexamen en vertu de l'article 18 du Code, le Conseil doit le faire en conformité avec ses politiques, normes et pratiques

reconsidering one of its own orders, as set out by the guidelines contained in section 44 of the Regulations. This principle was acknowledged by the Board in paragraphs 24 and 25. Under section 44, the Board considerations shall include whether there was an error of law or policy that cast serious doubt on the interpretation of the Code. It is evident from paragraphs 24 and 25 of the Board's decision that it understood and followed the requirements of section 44.

[44] ACPA also submitted that the Board erred by failing to accord sufficient deference to Mr. Mitchnick sitting as an interest arbitrator. In my analysis, the Board made no such error. The arbitration was not an unfettered interest arbitration but was to be circumscribed by Code principles, and subject to reconsideration by the Board, as expressly stated in the Protocol.

Is the Board's Decision Patently Unreasonable

[45] In my view the Board's decision is not patently unreasonable. A seniority list integration review conducted under the Code must be consistent with the principles and objectives underlying the Code, the specific principles underlying sections 35 and 18.1, as well as a recognition of the importance of seniority in the context of Canadian labour relations.

[46] As noted earlier, the Code's preamble states as its overarching objective, the promotion of co-operative and effective labour relations, constructive settlement of disputes, industrial stability, and a just and equitable distribution of resources to all Canadians. These objectives must guide the Board in its interpretation and application of all Code provisions, including sections 35 and 18.1. Implicit in the establishment of an expert tribunal such as the Board is the recognition by Parliament that the Board is the best judge of what would promote these legislative objectives.

ordinaires applicables au réexamen de ses propres ordonnances, selon ce que prévoient les lignes directrices énoncées à l'article 44 du Règlement. Le Conseil a reconnu ce principe aux paragraphes 24 et 25 de sa décision. En vertu de l'article 44, parmi les éléments que le Conseil doit prendre en compte, il y a la présence d'erreurs de droit ou de principe qui remettent véritablement en question l'interprétation du Code. Il ressort clairement des paragraphes 24 et 25 de la décision du Conseil que celui-ci comprenait et a suivi les prescriptions de l'article 44.

[44] L'APAC a également soutenu que le Conseil a commis une erreur en ne faisant pas preuve de suffisamment de retenue face à M. Mitchnick qui agissait comme arbitre d'intérêts. Selon mon analyse, le Conseil n'a pas commis une telle erreur. Il ne s'agissait pas d'un arbitrage d'intérêts avec latitude absolue laissée à l'arbitre; l'arbitrage devait plutôt s'appuyer sur les principes prévus au Code et était susceptible de réexamen par le Conseil, tel qu'il était expressément déclaré dans le protocole.

La décision du Conseil est-elle manifestement déraisonnable?

[45] Je suis d'avis que la décision du Conseil n'est pas manifestement déraisonnable. Lorsqu'on procède à une révision en vertu du Code de l'intégration de listes d'ancienneté, on doit respecter les principes et objectifs qui sous-tendent le Code et les principes spécifiques qui découlent des articles 35 et 18.1, et on doit reconnaître l'importance du concept d'ancienneté dans le contexte des relations de travail au Canada.

[46] Tel qu'on l'a déjà signalé, le préambule du Code prévoit comme objectifs déterminants celui de favoriser des relations de travail fructueuses et empreintes de coopération, le règlement positif des différends et la stabilité des relations industrielles et celui d'assurer à tous les Canadiens une juste répartition des ressources. Le Conseil doit s'appuyer sur ces objectifs lorsqu'il applique et interprète l'ensemble des dispositions du Code, y compris ses articles 35 et 18.1. Il y a reconnaissance implicite par le législateur, lorsqu'il crée un tribunal spécialisé tel que le Conseil, que celui-ci est le meilleur juge de ce qui favorise l'atteinte de ces objectifs législatifs.

[47] In 1995, the Minister of Labour established the Sims Task Force (*Seeking a Balance: Canada Labour Code, Part I, Review* (1996) (Sims)), which was comprised of labour relations experts, and who were to conduct an independent review and recommend legislative changes to Part I of the Code. Some of the changes recommended by the Task Force were implemented in section 18.1. Before section 18.1 was enacted, the Board lacked the express power to resolve seniority integration issues arising from a corporate merger or the merger of bargaining units. Sims found this lack of express authority troublesome because it left the problem of integrating work forces and collective agreements to the employer and the union alone. Sims found that in a merged bargaining unit, significant conflicts do arise among formerly separate groups of employees and addressing this conflict by reopening collective agreement negotiations was an ineffective way to resolve these issues (Sims, at pages 70, 72). Thus, Sims recommended that the Code be amended to grant the Board broad authority to make any consequential orders necessary to re-establish effective collective bargaining and contract administration following a bargaining unit review.

[48] Arising from that recommendation, section 18.1 was enacted by Parliament so as to allow the parties themselves to first attempt to reach an agreement on issues arising from a single employer declaration.

[49] In my view, the Board's decision in this application is entirely consistent with its own jurisprudence. (See *United Electrical Works, Local 512 and Tung-Sol of Canada Ltd. (Re)* (1964), 15 L.A.C. 161 (C.L.R.B.) at page 162; *Air Canada (Re)*, [2000] CIRB No. 79; [2000] C.I.R.B.D. No. 33 (QL); *Grasky (Re)*, [2001] CIRB No. 115; [2001] C.I.R.B.D. No. 10 (QL) and *Cairns (Re)*, [1999] CCRI No. 35; [1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL), upheld by this Court in *VIA Rail, supra*). The Board determined that sections 35 and 18.1 should be read together and that their purpose is remedial in terms of protecting bargained rights and promoting

[47] En 1995, le ministre du Travail a mis sur pied le Groupe de travail Sims (*Vers l'équilibre: Code canadien du travail, partie I, révision* (1996) (Sims)), qui était constitué de spécialistes des relations du travail et qui devait procéder à une révision indépendante de la partie I du Code et recommander les modifications législatives jugées appropriées. On a donné suite à certaines modifications recommandées par le groupe de travail en adoptant l'article 18.1. Avant l'adoption de cet article, le Conseil n'avait pas expressément le pouvoir de régler les problèmes d'intégration de listes d'ancienneté soulevés par la fusion d'entreprises ou d'unités de négociation. On jugeait d'un mauvais œil dans Sims cette absence de pouvoir exprès, parce qu'on laissait ainsi les employeurs et les syndicats se débrouiller seuls pour régler le problème de l'intégration des effectifs et des conventions collectives. On a conclu dans Sims que la fusion d'unités de négociation donnait lieu à d'importants différends entre les groupes précédemment distincts d'employés, et que négocier à nouveau la convention collective n'était pas un moyen efficace pour régler ces différends (Sims, aux pages 70 et 72). On recommandait ainsi dans Sims de modifier le Code afin de conférer au Conseil de larges pouvoirs lui permettant de rendre les ordonnances corrélatives appropriées pour rendre de nouveau efficace la négociation collective et l'administration des conventions, une fois effectué le processus de révision des unités de négociation.

[48] Par suite de cette recommandation, le législateur a adopté l'article 18.1 pour permettre aux parties de tenter de s'entendre d'abord entre elles pour régler les questions découlant d'une déclaration d'employeur unique.

[49] À mon avis, la décision du Conseil visée par la présente demande est tout à fait conforme à sa propre jurisprudence. (Voir *United Electrical Workers, Local 512 and Tung-Sol of Canada Ltd. (Re)* (1964), 15 L.A.C. 161 (C.C.R.T.), à la page 162; *Air Canada (Re)*, [2000] CCRI n° 79; [2000] D.C.C.R.I. n° 33 (QL); *Grasky (Re)*, [2001] CCRI n° 115; [2001] D.C.C.R.I. n° 10 (QL); *Cairns (Re)*, [1999] CCRI n° 35; [1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL), confirmée par notre Cour dans *VIA Rail, supra*). Le Conseil a établi que les articles 35 et 18.1 devaient être interprétés l'un en regard de l'autre, et que leur objet, remédiateur, était de protéger les droits négociés

sound labour relations. The Board found that a “winner take all” approach that gives one group of employees a premium and disadvantages others is not consistent with the intent of section 18.1. It recognized that negotiated collective agreement rights must be protected and preserved to the extent possible and must only be amended if this is necessary in all of the circumstances. In applying these principles, the Board’s decision is not patently unreasonable.

[50] For reasons which I have already articulated, the Board’s selection of October 17, 2000, as the appropriate date for seniority list integration was a matter the Board could decide as part of its review powers and as contemplated by paragraph 3(k) of the Protocol. In selecting this date, the Board was expressly conscious of the need to integrate seniority in a manner that was consistent with the Code’s regime for conducting a bargaining unit review and consistent with the existing labour relations realities. At paragraph 158 of the Board’s reasons, the Board noted:

The process of merging bargaining units pursuant to sections 35 and 18.1 of the Code, must reflect the reality that the Code requires under section 35, that there be an application, consideration by the Board of at least the representations of affected parties, a declaration by the Board, and then, under section 18.1, an opportunity by the parties to come to agreement respecting the matters in issue, and finally, a determination by the Board. These processes must reflect their statutory basis and the industrial relations realities, facts and circumstances that actually exist.

[51] The Board’s selection of October 17, 2000, as the date for seniority list integration was not patently unreasonable.

[52] I would dismiss this application for judicial review with costs to the respondent Air Line Pilots Association.

STONE J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

et de favoriser de bonnes relations de travail. Le Conseil a conclu que n’était pas conforme à l’esprit de l’article 18.1 une approche «tout au vainqueur» ayant pour effet d’avantager un groupe d’employés au détriment des autres. Il a reconnu que les droits découlant d’une convention collective négociée devaient être protégés et préservés dans la mesure du possible, et n’être modifiés que dans la mesure nécessaire compte tenu de toutes les circonstances. Ces principes ayant été appliqués, la décision du Conseil n’est pas manifestement déraisonnable.

[50] Pour les motifs que j’ai déjà énoncés, le choix par le Conseil du 17 octobre 2000 comme date devant servir aux fins de l’intégration des listes d’ancienneté était une question qu’il lui était loisible de trancher en vertu de ses pouvoirs de révision et tel qu’il était prévu à l’alinéa 3k) du protocole. Lorsqu’il a choisi cette date, le Conseil s’est dit expressément conscient de la nécessité d’intégrer les listes d’ancienneté d’une manière conforme au régime établi par le Code pour la révision des unités de négociation, ainsi qu’aux réalités courantes des relations de travail. Au paragraphe 158 de ses motifs, le Conseil a fait remarquer ce qui suit:

La procédure de regroupement des unités de négociation fondée sur les articles 35 et 18.1 du Code doit refléter la réalité, soit qu’aux termes de l’article 35 du Code, il doit y avoir dépôt d’une demande, examen par le Conseil des observations des parties concernées à tout le moins, déclaration du Conseil et ensuite, aux termes de l’article 18.1, recherche d’une entente par les parties elles-mêmes pour régler les questions en litige et, finalement, décision du Conseil. Ces procédures doivent s’appuyer sur les dispositions législatives pertinentes, de même que sur les réalités des relations du travail, les faits et les circonstances qui existent véritablement.

[51] Le choix par le Conseil du 17 octobre 2000 comme date servant aux fins de l’intégration des listes d’ancienneté n’était pas manifestement déraisonnable.

[52] Je rejetterais la présente demande de contrôle judiciaire, les dépens étant adjugés à l’Association des pilotes de lignes aériennes défenderesse.

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

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

IMM-3020-02
2003 FCT 211

IMM-3020-02
2003 CFPI 211

Laurentiu Dragan (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

**INDEXED AS: DRAGAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)**

Trial Division, Kelen J.—Toronto, February 4 and 5;
Ottawa, February 21, 2003.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Consolidated application for mandamus compelling Minister to assess applications for permanent residence either under former Immigration Act, Regulations or before March 31, 2003 — Applicants divided into two categories: (1) those applying for permanent residence in Canada before January 1, 2002; (2) those applying after January 1, 2002 but before June 28, 2002 — Immigration and Refugee Protection Act coming into force June 28, 2002 — Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 361(3) directing applications made before January 1, 2003 be awarded units of assessment in accordance with 1978 Regulations until March 31, 2003 after which pending applications assessed in accordance with IRPR — Applicants concerned they will lose important rights to Canadian visa if assessed under selection criteria in new Regulations — S. 361 validly authorized retrospective legislation — Should operate according to its terms — Respondent neglecting implied duty to use reasonable best efforts to assess applications before March 31, 2003 — Mandamus ordered with respect to first category of applicants.

Administrative Law — Judicial Review — Mandamus — Applicants seeking writ of mandamus requiring respondent to assess applications for permanent residence in accordance with selection criteria in former Immigration Act, Regulations — Criteria for mandamus met — Case law on mandamus reviewed — Applicants not responsible for delay — Inquiry focussed on length of delay, nature of justifications — Case law showing mandamus granted for assessment of visa applications where three to four-year delay, where excuse for delay workload faced by Immigration Department, where delay may result in substantive detriment to applicant — Respondent not using reasonable best efforts to assess

Laurentiu Dragan (*demandeur*)

c.

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

**RÉPERTORIÉ: DRAGAN c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} inst.)**

Section de première instance, juge Kelen—Toronto, 4 et
5 février; Ottawa, 21 février 2003.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande consolidée de brevets de mandamus enjoignant au ministre d'évaluer des demandes de résidence permanente en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration et du Règlement correspondant ou avant le 31 mars 2003 — Les demandeurs ont été classés en deux catégories: 1) ceux qui ont demandé la résidence permanente au Canada avant le 1^{er} janvier 2002; 2) ceux qui ont fait leur demande après le 1^{er} janvier 2002, mais avant le 28 juin 2002 — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés est entrée en vigueur le 28 juin 2002 — Selon l'art. 361(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR), les demandes faites avant le 1^{er} janvier 2003 doivent être évaluées conformément au Règlement de 1978 jusqu'au 31 mars 2003 en ce qui concerne les points d'appréciation; après cette date, toute demande en cours doit être évaluée conformément au RIPR — Les demandeurs craignaient de perdre des droits importants liés à l'obtention d'un visa canadien en étant évalués en vertu des critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement — L'art. 361 du RIPR est une disposition rétrospective valablement autorisée et devrait s'appliquer selon son libellé — Le défendeur a négligé de se conformer à son devoir implicite de déployer tous les efforts voulus pour évaluer les demandes avant le 31 mars 2003 — La Cour a ordonné la délivrance d'un bref de mandamus à l'égard des demandeurs appartenant à la première catégorie.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Les demandeurs voulaient obtenir un bref de mandamus enjoignant au défendeur d'évaluer leurs demandes de résidence permanente conformément aux critères de sélection énoncés dans l'ancienne Loi sur l'immigration et le Règlement correspondant — Les critères relatifs aux brevets de mandamus ont été respectés — Examen de la jurisprudence concernant le mandamus — Les demandeurs n'étaient pas responsables du retard — L'enquête a porté sur la durée du retard et sur la nature de la justification invoquée — Il appert de la jurisprudence qu'un bref de mandamus est octroyé en vue de l'évaluation d'une demande de visa dans les cas où il s'agit

outstanding applications — Mandamus granted with respect to applications made before January 1, 2002.

Construction of Statutes — Retroactivity — Applications for permanent residence filed under old legislative scheme not yet assessed — Applicants arguing rights acquired under former Immigration Act survive by virtue of Interpretation Act, s. 43 despite repeal of former Immigration Act by Immigration and Refugee Protection Act, s. 274(a) — Rebuttable presumption legislation not intended to retrospectively interfere with vested rights — Statutory language conveying legislative intent to apply new Act retrospectively, to authorize regulations with retrospective effect — Parliament expressly overriding presumption — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361 validly authorized retrospective legislation, should operate according to its terms.

This was a consolidated application for a writ of *mandamus* involving 124 individuals who applied for permanent residence in Canada under the recently repealed *Immigration Act* and the corresponding *Immigration Regulations, 1978*. The new *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)* came into force on June 28, 2002. The applicants could be divided into two categories based on their date of application. The first category consisted of 102 individuals who applied for permanent residence in Canada before January 1, 2002 with the expectation that they would be assessed according to the selection criteria contained in the 1978 Regulations. Subsection 361(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR)* directs that applications filed before January 1, 2002 be awarded units of assessment in accordance with the 1978 Regulations until March 31, 2003. After that date, any pending applications will be awarded units of assessment in accordance with the IRPR. To ease the transition process, subsection 361(5) of the IRPR provides that applicants in the federal skilled worker class are only required to meet a pass mark of 70 points, as opposed to the 75-point pass mark imposed upon new applicants. The applicants sought writs of *mandamus* compelling the Minister to either award them units of assessment under the former selection grid or assess their applications prior to March 31, 2003. The second category consisted of 22 individuals who applied for permanent residence after January 1, 2002 but before June 28, 2002. While these applicants also applied under the former Act, they have been treated differently than the first category

d'un retard de trois à quatre ans, lorsque l'excuse invoquée réside dans la charge de travail du ministère de l'Immigration et que le délai peut donner lieu à un préjudice majeur pour le demandeur — Le défendeur n'a pas déployé tous les efforts voulus pour évaluer les demandes pendantes — Un bref de mandamus a été octroyé à l'égard des demandes présentées avant le 1^{er} janvier 2002.

Interprétation des lois — Rétroactivité — Demandes de résidence permanente déposées en vertu de l'ancien régime législatif et non encore évaluées — Les demandeurs ont soutenu que, malgré l'abrogation de l'ancienne Loi sur l'immigration par l'art. 274a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, les droits acquis en vertu de cette ancienne Loi survivent en raison de l'art. 43 de la Loi d'interprétation — Selon une présomption réfutable, la législation n'est pas censée avoir un effet rétrospectif sur les droits acquis — Le texte législatif indique clairement que le législateur avait l'intention d'appliquer la nouvelle Loi de manière rétrospective et d'autoriser la prise d'un règlement ayant un effet rétrospectif — Le Parlement a expressément réfuté la présomption — L'art. 361 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés est une disposition rétrospective valablement autorisée et devrait s'appliquer selon son libellé.

Il s'agissait d'une demande consolidée visant à obtenir un bref de *mandamus* pour 124 personnes qui ont présenté une demande de résidence permanente au Canada en vertu de la *Loi sur l'immigration* qui vient d'être abrogée, et du règlement correspondant, le *Règlement sur l'immigration de 1978*. La nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)* est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Les demandeurs pouvaient être classés en deux catégories selon la date de leur demande. La première catégorie se composait des 102 personnes qui ont demandé la résidence permanente au Canada avant le 1^{er} janvier 2002 et qui s'attendaient à être évaluées conformément aux critères de sélection énoncés dans le *Règlement de 1978*. Selon le paragraphe 361(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*, ces demandeurs doivent être évalués conformément au *Règlement de 1978* jusqu'au 31 mars 2003 en ce qui concerne les points d'appréciation. Après cette date, toute demande en cours de traitement sera évaluée conformément au RIPR. Afin de faciliter la transition, le paragraphe 361(5) du RIPR prévoit que les demandeurs appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) sont tenus d'obtenir une note de passage de 70 points seulement plutôt que la note de 75 points imposée aux nouveaux demandeurs. Les demandeurs ont sollicité un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de leur attribuer des points d'appréciation conformément à l'ancienne grille de sélection ou d'évaluer leurs demandes avant le 31 mars 2003. La deuxième catégorie se composait des 22 personnes qui ont présenté une demande de résidence permanente après le

of applicants as a result of the transitional provisions of the IRPR. As of June 28, 2002, all of these applicants were to be assessed under the selection criteria in the IRPR and those in the federal skilled worker class must meet a pass mark of 75 points. The applicants in this category sought writs of *mandamus* requiring the Minister to assess their applications in accordance with the selection criteria contained in the 1978 Regulations. Some of the applicants have been waiting over three years for an interview. The new legislation will adversely impact the likelihood of their receiving a Canadian immigrant visa. Two issues were raised: (1) whether the IRPR and the new Regulations retrospectively removed the applicants' vested rights to have their applications for permanent residence in Canada assessed under the former Act and 1978 Regulations; (2) whether the applicants were entitled to a writ of *mandamus* directing the respondent to assess and award units of assessment in accordance with the selection criteria in the former Act and the 1978 Regulations.

Held, the application should be allowed with respect to first category of applicants and dismissed with respect to the second category of applicants.

(1) The applicants argued that, despite the repeal of the former *Immigration Act* by paragraph 274(a) of the IRPA, the rights acquired under the former Act survive by virtue of section 43 of the *Interpretation Act*, which preserves in force the rights and duties accrued under repealed legislation. It is presumed that legislation is not intended to have a retrospective effect when the provision substantially affects the vested rights of a party. As this is only a presumption, it can be rebutted. The Court can examine the legislative history of a provision when interpreting its meaning. The statutory language of sections 190 and 201 of the IRPA conveys the legislative intent to apply the new Act retrospectively and to authorize regulations with retrospective effect. Parliament can expressly enact retroactive legislation, and this clear expression overrides the presumption against retroactivity or retrospectivity, identified in section 43 of the *Interpretation Act*. The transitional provisions of the new Regulations clearly express the intent of the Governor in Council to apply the new selection system to all applicants before January 1, 2002 who have not been assessed prior to April 1, 2003, with the concession that applicants who have applied before January 1, 2002 will be given a five-point bonus under the new system. This interpretation of the transitional provisions is supported by the case law. Therefore, section 361 of the IRPR is validly

1^{er} janvier 2002, mais avant le 28 juin 2002. Bien que ces demandeurs aient également présenté leurs demandes sous le régime de l'ancienne Loi, ils ont été traités différemment des demandeurs appartenant à la première catégorie en raison des dispositions transitoires du RIPR. À compter du 28 juin 2002, tous les demandeurs appartenant à cette catégorie devaient être évalués selon les critères de sélection énoncés dans le RIPR et les personnes appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) devaient obtenir une note de passage de 75 points. Les demandeurs faisant partie de cette catégorie ont sollicité des brefs de *mandamus* enjoignant au ministre d'évaluer leurs demandes conformément aux critères de sélection énoncés dans le Règlement de 1978. Quelques-uns des demandeurs attendent une entrevue depuis plus de trois ans. Par suite des modifications législatives, leurs chances d'obtenir un visa d'immigrant canadien seront réduites. Deux questions à trancher ont été soulevées: 1) la LIPR et le nouveau Règlement ont-ils eu pour effet de supprimer rétroactivement le droit acquis des demandeurs de faire évaluer leurs demandes de résidence permanente au Canada en vertu de l'ancienne Loi et du Règlement de 1978? 2) les demandeurs avaient-ils droit à un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d'évaluer leurs demandes et de leur attribuer des points d'appréciation conformément aux critères de sélection énoncés dans l'ancienne Loi et dans le Règlement de 1978?

Jugement: la demande est accueillie quant à la première catégorie de demandeurs et rejetée quant à la seconde.

1) Les demandeurs ont soutenu que, malgré l'abrogation de l'ancienne *Loi sur l'immigration* par l'alinéa 274a) de la LIPR, les droits acquis en vertu de cette ancienne Loi survivent en raison de l'article 43 de la *Loi d'interprétation*, qui a pour effet de préserver les droits acquis et les responsabilités contractées sous le régime du texte législatif abrogé. Il est présumé que la législation ne doit pas avoir un effet rétrospectif lorsque la disposition touche sensiblement les droits acquis d'une partie. Comme il ne s'agit que d'une présomption, il est possible de la réfuter. La Cour peut examiner l'évolution législative d'une disposition lorsqu'elle en interprète le sens. Le libellé des articles 190 et 201 de la LIPR indique clairement que le législateur avait l'intention d'appliquer la nouvelle Loi de manière rétrospective et d'autoriser la prise d'un règlement ayant un effet rétrospectif. Le Parlement peut adopter expressément un texte législatif ayant un effet rétroactif et cette expression claire réfute la présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive ou rétrospective qui est énoncée à l'article 43 de la *Loi d'interprétation*. Les dispositions transitoires du nouveau Règlement indiquent clairement l'intention du gouverneur en conseil d'appliquer le nouveau régime de sélection à tous les demandeurs qui ont présenté une demande avant le 1^{er} janvier 2002 et qui n'ont pas été évalués avant le 1^{er} avril 2003, en leur accordant une prime de 5 points.

authorized retrospective legislation and should operate according to its terms. The applications filed after January 1, 2002 are to be assessed under the new Regulations, and applications filed before January 1, 2002 shall be assessed under the old Regulations up until March 31, 2003.

(2) *Mandamus* lies to compel the performance of a public legal duty which a public authority refuses or neglects to perform although duly called upon to do so. In *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, the Federal Court of Appeal outlined seven conditions that need to be satisfied for the Court to issue a writ of *mandamus*. First, there must be a public legal duty to act, and second, the duty must be owed to the applicant. The respondent acknowledged that his officials had a statutory duty to process the applicants' visa applications. Therefore, the first two requirements for *mandamus* were met. The *prima facie* content of the respondent's duty owed to the applicants who filed their applications before January 1, 2002 was to assess them according to the selection system under the former Act. Until March 31, 2003, the same duty continues in force, with regard to all the applicants who filed before January 1, 2002. Third, there must be a clear right to the performance of the duty owed. The applicants satisfied the conditions precedent giving rise to the duty. They submitted their completed applications accompanied by all the required supporting documents, and paid the required processing fees. They also demanded, in most cases repeatedly, that the duty be performed. The crucial issue was whether the respondent has refused to perform his statutory duty. Neglect to perform the duty or unreasonable delay in performing it may be deemed an implied refusal to perform. The fourth and fifth criteria were also met in so far as no other adequate remedy was available to the applicants and the order sought will be of some practical value or effect. The harm that the applicants may suffer if *mandamus* is not granted may be irreparable, i.e. their likelihood of obtaining a Canadian immigrant visa is substantially diminished. Their legal right to be assessed under the old selection system will be defeated if they are not processed by the cut-off date. An order of *mandamus* is the only practical way to protect their right to be assessed under the former Regulations. The sixth condition was also met since there is no equitable bar to the exercise of discretion in favour of the applicants. They were not responsible for the delay and did not compromise their cause in any other way. They came to the Court "with clean hands" and there was no equitable bar to an order of *mandamus*. Finally, the balance of convenience lay with the applicants since their rights to a visa may be severely prejudiced by the delay.

Cette interprétation des dispositions transitoires est appuyée par la jurisprudence. Par conséquent, l'article 361 du RIPR est une disposition rétrospective valablement autorisée et devrait s'appliquer selon son libellé. Les demandes déposées après le 1^{er} janvier 2002 doivent être évaluées en vertu du nouveau Règlement et les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 doivent être évaluées en vertu de l'ancien Règlement jusqu'au 31 mars 2003.

2) Le recours en *mandamus* permet d'exiger l'exécution d'une obligation légale à caractère public lorsqu'une autorité publique refuse ou néglige de remplir cette obligation même si elle a été dûment sommée de le faire. Dans *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, la Cour d'appel fédérale a énuméré sept conditions qui doivent être respectées pour que la Cour délivre un bref de *mandamus*. D'abord, il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public et en deuxième lieu, l'obligation doit exister envers le requérant. Le défendeur a reconnu que ses fonctionnaires sont légalement tenus de traiter les demandes de visas des demandeurs. En conséquence, les deux premières exigences à remplir pour l'obtention d'un bref de *mandamus* ont été respectées. À première vue, l'obligation du défendeur envers les personnes qui ont déposé leurs demandes avant le 1^{er} janvier 2002 consistait à évaluer ces demandes conformément au système de sélection applicable en vertu de l'ancienne Loi. Jusqu'au 31 mars 2003, la même obligation demeure en vigueur dans le cas de tous les demandeurs qui ont déposé leurs demandes avant le 1^{er} janvier 2002. En troisième lieu, il doit exister un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation. Les demandeurs ont respecté les exigences préalables à la naissance de l'obligation. Ils ont rempli leurs demandes auxquelles ils ont joint toutes les pièces justificatives exigées ainsi que le paiement des frais de traitement. Ils ont également demandé, dans la plupart des cas à maintes reprises, l'exécution de l'obligation. La question cruciale à trancher était de savoir si le défendeur a refusé de se conformer à son obligation légale. La négligence liée à l'exécution de l'obligation ou un retard déraisonnable à cet égard peuvent être considérés comme un refus implicite. Les quatrième et cinquième critères ont également été respectés dans la mesure où les demandeurs n'avaient aucun autre recours adéquat et où l'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique. Le préjudice que les demandeurs risquent de subir si leur demande de *mandamus* est refusée pourrait être irréparable, c'est-à-dire que les chances qu'ils ont d'obtenir un visa d'immigrant canadien seront sensiblement amoindries. Le droit qu'ils ont, en vertu de la loi, d'être évalués selon l'ancien régime de sélection sera nié si leur demande n'est pas traitée d'ici la date limite. L'ordonnance de *mandamus* constitue la seule façon pratique de protéger leur droit d'être évalués sous le régime de l'ancien Règlement. La sixième condition a également été respectée, étant donné que, en vertu de l'équité, rien n'empêche la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Ils n'étaient pas responsables du retard et n'ont

There are multiple precedents where *mandamus* has been granted against the Minister by this Court as a result of unreasonable processing delays in immigration or citizenship matters. In the case at bar, the applicants were not responsible for the delay: they satisfied the procedural requirements of the Act and Regulations to the extent possible, in terms of providing the necessary supporting documentation and paying the required processing fees. Therefore the inquiry has to focus on the length of the delay and the nature of the justifications. Cases have held that delays of three to four years were unreasonable on the facts but cautioned against any fixed length of time being considered unreasonable. The particular effects of the delay may be relevant. There was also ample precedent to grant *mandamus* for the assessment of visa applications where the excuse for the delay is the enormous workload faced by the Immigration Department, and where the delay may result in a substantive detriment to the applicant. With respect to applications filed before January 1, 2002, the respondent had an implied duty to use his reasonable best efforts to assess such applications before March 31, 2003. He failed to do so for a number of reasons. Among these reasons, the respondent ignored the legislative purpose and intent of extending the time frame for assessing such applications and failed to adopt the reasonable advice and recommendations from the appropriate parliamentary Committee. He did not make a corporate commitment to process the inventory on a priority basis to clear the backlog before March 31, 2003. He did not send special teams to visa posts with large inventories to process backlogs before that date, nor did he increase resources dedicated to processing these applications. Moreover, the representative of the respondent misinformed the parliamentary Committee about the number of visa applications filed before January 1, 2002 which were expected not to be processed by the deadline, and the respondent did not inform Parliament of this error when it became evident.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, s. 109.

pas compromis leur cause d'une autre façon. Aucun reproche ne pouvait leur être adressé et rien n'empêchait la Cour, en vertu de l'équité, de rendre une ordonnance de *mandamus*. Enfin, la balance des inconvénients joue en faveur des demandeurs, étant donné que le retard peut sérieusement porter atteinte à leur droit d'obtenir un visa.

La Cour fédérale a rendu à maintes reprises une ordonnance de *mandamus* contre le ministre par suite de retards de traitement déraisonnables dans des dossiers d'immigration ou de citoyenneté. Dans la présente affaire, les demandeurs n'étaient pas responsables du retard: ils ont respecté les formalités prévues dans la Loi et le Règlement dans la mesure du possible, en fournissant les documents à l'appui nécessaires et en payant les frais de traitement prescrits. En conséquence, l'enquête devrait porter sur la durée du retard et sur la nature des justifications invoquées. Dans certains cas, des délais de trois à quatre ans ont été jugés déraisonnables à la lumière des faits, mais les décisions n'ont pas eu pour effet de fixer un délai qui servirait de limite à ce qui est raisonnable. Les conséquences du délai peuvent être pertinentes. Il existe aussi nombreux précédents jurisprudentiels justifiant la délivrance d'une ordonnance de *mandamus* afin d'exiger l'évaluation des demandes de visas lorsque l'excuse invoquée au soutien du retard réside dans l'énorme charge de travail des autorités de l'Immigration et que le délai peut causer un préjudice majeur au demandeur. En ce qui concerne les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002, le défendeur avait l'obligation tacite de déployer tous les efforts voulus pour évaluer ces demandes avant le 31 mars 2003, mais il a négligé de se conformer à son devoir pour plusieurs raisons. Ainsi, le défendeur a ignoré l'objet législatif inhérent à la prorogation du délai relatif à l'évaluation de ces demandes et il a également omis d'adopter l'avis et les recommandations raisonnables du Comité parlementaire concerné. Il n'a formulé aucun engagement ministériel visant à traiter les cas en priorité afin d'éliminer cet arriéré avant le 31 mars 2003. Il n'a pas envoyé d'équipes spéciales aux bureaux des visas ayant à traiter un grand nombre de demandes afin de permettre le traitement des arriérés avant cette date, ni n'a augmenté les ressources affectées au traitement de ces demandes. De plus, le représentant du défendeur a mal informé le Comité parlementaire au sujet du nombre de demandes de visas qui ont été déposées avant le 1^{er} janvier 2002 et qui ne seraient vraisemblablement pas traitées avant la date limite et le défendeur n'a pas informé le Parlement de cette erreur lorsque celle-ci est devenue évidente.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43.
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "visa officer", 5(2), 9(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(2), 3(1), 5, 11(1), 190, 201, 247(a).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 361.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43.

conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 109.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «agent des visas», 5(2), 9(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(2), 3(1), 5, 11(1), 190, 201, 247a).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 361.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Upper Canada College v. Smith (1920), 61 S.C.R. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Chen v. Canada (Secretary of State)* (1995), 91 F.T.R. 76; 29 Imm. L.R. (2d) 94 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.); *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.); *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (T.D.); *Platonov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 260 (F.C.T.D.); *Bouhaik v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL); *Kanes v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226; 22 Imm. L.R. (2d) 223 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Meikle v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1997), 137 F.T.R. 304; 41 Imm. L.R. (2d) 293 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Brousseau v. Alberta Securities Commission, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 96 A.R. 241; 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 65 Alta. L.R. (2d) 97; 35 Admin. L.R. 1; 93 N.R. 1; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; 94 C.C.C. (3d) 481; 34 C.R. (4th) 133; 174 N.R. 81; *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216; (1997), 73 D.L.R. (3d) 139; 15 N.R. 39 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Building a Nation: The Regulations under the Immigration*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Upper Canada College v. Smith (1920), 61 R.C.S. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Chen c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 91 F.T.R. 76; 29 Imm. L.R. (2d) 94 (C.F. 1^{re} inst.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.); *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1^{re} inst.); *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (1^{re} inst.); *Platonov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 260 (C.F. 1^{re} inst.); *Bouhaik c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL); *Kanes c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226; 22 Imm. L.R. (2d) 223 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Meikle c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1997), 137 F.T.R. 304; 41 Imm. L.R. (2d) 293 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Brousseau c. Alberta Securities Commission, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 96 A.R. 241; 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 65 Alta. L.R. (2d) 97; 35 Admin. L.R. 1; 93 N.R. 1; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; 94 C.C.C. (3d) 481; 34 C.R. (4th) 133; 174 N.R. 81; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216; (1997), 73 D.L.R. (3d) 139; 15 N.R. 39 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et l'immigration. *Bâtir un pays: le Règlement découlant de la Loi sur*

and Refugee Protection Act. March 2002, online: Parliament of Canada Committee Business <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/CIMM/Studies/Reports/cimmp04/03-cov-e.htm>.

APPLICATION for a writ of *mandamus* requiring the respondent to assess the applicants for an immigrant visa in accordance with the selection criteria contained in the former *Immigration Act* and the *Immigration Regulations, 1978* or before March 31, 2003. Application allowed with respect to the applicants who applied for permanent residence prior to January 1, 2002; application dismissed with respect to those who applied for permanent residence after January 1, 2002 but prior to June 28, 2002.

APPEARANCES:

Timothy E. Leahy, David L. Rosenblatt, Marvin Moses, Lawrence Wong and Mitchell S. Brownstein for applicant.

A. Leena Jaakkimainen, Daniel Latulippe, R. Keith Reimer and Bradley G. Gotkin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Immigration North America, Toronto, Rosenblatt Associates, Toronto, Moses and Associates, Toronto, Chang & Boos, Toronto, Brownstein, Brownstein & Associates, Montréal, Bohbot and Associates, Montréal, Lawrence Wong and Associates, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] KELEN J.: This consolidated application involves 124 applicants who applied for permanent residence in Canada before June 28, 2002, the day that the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) came into force. When the applicants applied for permanent residence, the recently repealed *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act) and the corresponding regulations, the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (the 1978 Regulations), were still in force.

l'immigration et la protection des réfugiés. mars 2002, en ligne: Parlement du Canada. Travaux des Chambres <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/CIMM/Studies/Reports/cimmp04/03-cov-f.htm>.

DEMANDE de bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d'évaluer les demandes de visas d'immigrants des demandeurs conformément aux critères de sélection énoncés dans l'ancienne *Loi sur l'immigration* et dans le *Règlement sur l'immigration de 1978* ou avant le 31 mars 2003. Demande accueillie en ce qui concerne les demandeurs qui ont déposé leur demande de résidence permanente avant le 1^{er} janvier 2002; demande rejetée quant à ceux qui ont déposé leur demande de résidence permanente après le 1^{er} janvier 2002, mais avant le 28 juin 2002.

ONT COMPARU:

Timothy E. Leahy, David L. Rosenblatt, Marvin Moses, Lawrence Wong et Mitchell S. Brownstein pour le demandeur.

A. Leena Jaakkimainen, Daniel Latulippe, R. Keith Reimer et Bradley G. Gotkin pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Immigration North America, Toronto, Rosenblatt Associates, Toronto, Moses and Associates, Toronto, Chang & Boos, Toronto, Brownstein, Brownstein et associés, Montréal, Bohbot et associés, Montréal, Lawrence Wong and Associates, Vancouver, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN: La présente demande concerne 124 demandeurs qui ont demandé le statut de résidents permanents du Canada avant le 28 juin 2002, la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Lorsque les demandeurs ont déposé leur demande, la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui a récemment été abrogée (l'ancienne Loi), et le règlement correspondant, le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 (le Règlement de 1978), étaient encore en vigueur.

[2] The applicants seek a writ of *mandamus* requiring the respondent to assess them for an immigrant visa in accordance with the selection criteria contained in the former Act and the 1978 Regulations.

THE APPLICANTS

[3] The respondent was served with notices of application in 122 of these files between June 25 and June 27, 2002. As all of the applications involve the same issues and seek the same relief, they were consolidated by an order dated October 29, 2002. Three more applications were later added on consent and one was removed when the applicant was issued a visa in November 2002.

[4] The applicants can be divided into two categories based on their date of application. The first category consists of 102 applicants who applied for permanent residence in Canada before January 1, 2002, and they are identified in Schedule A attached hereto. They applied with the expectation that they would be assessed according to the selection criteria contained in the 1978 Regulations. Subsection 361(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRPR) directs that their applications be awarded units of assessment in accordance with the 1978 Regulations until March 31, 2003. After that date, any pending applications will be awarded units of assessment in accordance with the IRPR. To ease the transition process, subsection 361(5) of the IRPR provides that applicants in the federal skilled worker class are only required to meet a pass mark of 70 points, as opposed to the 75-point pass mark imposed upon new applicants. The applicants fear that they may be refused under the new selection criteria contained in the IRPR and are seeking writs of *mandamus* compelling the Minister to either award them units of assessment under the former selection grid or assess their applications prior to March 31, 2003.

[5] The second category consists of 22 applicants who applied for permanent residence after January 1, 2002

[2] Les demandeurs sollicitent un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d'évaluer leurs demandes de visas d'immigrants conformément aux critères de sélection énoncés dans l'ancienne Loi et dans le Règlement de 1978.

LES DEMANDEURS

[3] Le défendeur a reçu signification des avis de demande envoyés dans 122 des dossiers visés par les présentes entre le 25 et le 27 juin 2002. Étant donné que toutes les demandes portent sur les mêmes questions en litige et visent à obtenir le même redressement, elles ont été réunies par ordonnance datée du 29 octobre 2002. Trois autres demandes ont été ajoutées plus tard par consentement et l'une d'elles a été retirée lorsque le demandeur a obtenu un visa en novembre 2002.

[4] Les demandeurs peuvent être classés en deux catégories selon la date de leur demande. La première catégorie se compose des 102 demandeurs qui ont demandé la résidence permanente au Canada avant le 1^{er} janvier 2002 et dont le nom figure sur la liste jointe aux présentes en annexe «A». Lorsqu'elles ont fait leur demande, ces personnes s'attendaient à être évaluées conformément aux critères de sélection énoncés dans le Règlement de 1978. Selon le paragraphe 361(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR), ces demandeurs doivent être évalués conformément au Règlement de 1978 jusqu'au 31 mars 2003 en ce qui concerne les points d'appréciation. Après cette date, toute demande en cours de traitement sera évaluée conformément au RIPR. Afin de faciliter la transition, le paragraphe 361(5) du RIPR prévoit que les demandeurs appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) sont tenus d'obtenir une note de passage de 70 points seulement plutôt que la note de 75 points imposée aux nouveaux demandeurs. Les demandeurs craignent que leurs demandes ne soient refusées en vertu des nouveaux critères de sélection énoncés dans le RIPR et sollicitent un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de leur attribuer des points d'appréciation conformément à l'ancienne grille de sélection ou d'évaluer leurs demandes avant le 31 mars 2003.

[5] La deuxième catégorie se compose des 22 demandeurs qui ont présenté une demande de résidence

but before June 28, 2002, and they are identified in Schedule B attached hereto. While these applicants also applied under the former Act, they have been treated differently than the first category of applicants as a result of the transitional provisions of the IRPR. As of June 28, 2002, all of the applicants in this category are to be assessed under the selection criteria in the IRPR and those in the federal skilled worker class must meet a pass mark of 75 points. The rationale behind this policy, as identified by the respondent, is that the applicants in this category applied after the IRPR were first pre-published on December 17, 2001, and therefore had notice of the new selection criteria at the time of their applications. The applicants in this category are seeking writs of *mandamus* requiring the Minister to assess their applications in accordance with the selection criteria contained in the 1978 Regulations.

ISSUES

[6] This case raises two issues:

1. does IRPA and the new Regulations retrospectively remove the applicants' vested right to have their applications for permanent residence in Canada assessed under the former Act and 1978 Regulations?; and,
2. are the applicants entitled to a writ of *mandamus* directing the respondent to assess and award units of assessment in accordance with the selection criteria in the former Act and the 1978 Regulations?

LEGISLATIVE FRAMEWORK

[7] The provisions that govern the treatment of these applications are set out in this section.

IRPA (the new Act)

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

permanente après le 1^{er} janvier 2002, mais avant le 28 juin 2002, et dont le nom figure sur la liste jointe aux présentes en annexe «B». Bien que ces demandeurs aient également présenté leurs demandes sous le régime de l'ancienne Loi, ils ont été traités différemment des demandeurs appartenant à la première catégorie en raison des dispositions transitoires du RIPR. À compter du 28 juin 2002, tous les demandeurs appartenant à cette catégorie doivent être évalués selon les critères de sélection énoncés dans le RIPR et les personnes appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) doivent obtenir une note de passage de 75 points. Comme le défendeur l'a expliqué, cette politique s'explique par le fait que les demandeurs appartenant à cette catégorie ont présenté leurs demandes après la première prépublication du RIPR le 17 décembre 2001 et étaient donc informés des nouveaux critères de sélection au moment de leurs demandes. Les demandeurs faisant partie de cette catégorie sollicitent des brefs de *mandamus* enjoignant au ministre d'évaluer leurs demandes conformément aux critères de sélection énoncés dans le Règlement de 1978.

QUESTIONS EN LITIGE

[6] La présente affaire soulève deux questions à trancher:

1. la LIPR et le nouveau Règlement ont-ils pour effet de supprimer rétroactivement le droit acquis des demandeurs de faire évaluer leurs demandes de résidence permanente au Canada en vertu de l'ancienne Loi et du Règlement de 1978?
2. les demandeurs ont-ils droit à un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d'évaluer leurs demandes et de leur attribuer des points d'appréciation conformément aux critères de sélection énoncés dans l'ancienne Loi et dans le Règlement de 1978?

CADRE LÉGISLATIF

[7] Les dispositions régissant le traitement des demandes dont il s'agit en l'espèce sont reproduites ci-dessous.

LIPR (la nouvelle Loi)

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet:

...

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

...

5. (1) Except as otherwise provided, the Governor in Council may make any regulation that is referred to in this Act or that prescribes any matter whose prescription is referred to in this Act.

(2) The Minister shall cause a copy of each proposed regulation made pursuant to sections 17, 32, 53, 61, 102, 116 and 150 to be laid before each House of Parliament, and each House shall refer the proposed regulation to the appropriate Committee of that House.

(3) A proposed regulation that has been laid before each House of Parliament under subsection (2) does not need to be so laid again, whether or not it has been altered.

(4) The Governor in Council may make the regulation at any time after the proposed regulation has been laid before each House of Parliament under subsection (2).

[8] Section 190 of the IRPA provides for the application of the IRPA to applications pending on June 28, 2002:

190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.

[9] Section 201 of the IRPA grants the Governor in Council the authority to make regulations dealing with the transition from the former Act to the IRPA:

201. The regulations may provide for measures regarding the transition between the former Act and this Act, including measures regarding classes of persons who will be subject in whole or in part to this Act or the former Act and measures regarding financial and enforcement matters.

The new Regulations

[10] The relevant transitional regulation made by the Governor in Council is section 361 of the new

[...]

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

[...]

5. (1) Le gouverneur en conseil peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, prendre les règlements d'application de la présente loi et toute autre mesure d'ordre réglementaire qu'elle prévoit.

(2) Le ministre fait déposer tout projet de règlement pris en vertu des articles 17, 32, 53, 61, 102, 116 et 150 devant chaque chambre du Parlement et la chambre renvoie ce projet de règlement à son comité compétent.

(3) Il n'est pas nécessaire de déposer de nouveau le projet de règlement devant le Parlement même s'il a subi des modifications.

(4) Le gouverneur en conseil peut prendre le règlement après le dépôt du projet de règlement devant chaque chambre du Parlement.

[8] L'article 190 de la LIPR prévoit que cette Loi s'applique aux demandes pendantes le 28 juin 2002.

190. La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.

[9] L'article 201 de la LIPR autorise le gouverneur en conseil à prendre un règlement visant la transition entre l'ancienne Loi et la LIPR:

201. Les règlements régissent les mesures visant la transition entre l'ancienne loi et la présente loi et portent notamment sur les catégories de personnes qui seront assujetties à tout ou partie de la présente loi ou de l'ancienne loi, ainsi que sur les mesures financières ou d'exécution.

Le nouveau Règlement

[10] La disposition réglementaire que le gouverneur en conseil a prise au sujet de la transition est l'article 361

Regulations. The relevant portions of that section are reproduced here:

361. (1) If, before the day on which this section comes into force, a foreign national referred to in subsection (2) has been assessed by a visa officer and awarded the number of units of assessment required by the former Regulations, that assessment is, for the purpose of these Regulations, an award of points equal or superior to the minimum number of points required of

- (a) a skilled worker, in the case of a foreign national described in paragraph (2)(a);
- (b) an investor, in the case of a foreign national described in paragraph (2)(b);
- (c) an entrepreneur, in the case of a foreign national described in paragraph (2)(c); or
- (d) a self-employed person, in the case of a foreign national described in paragraph (2)(a).

(2) Subsection (1) applies in respect of a foreign national who submitted an application under the former Regulations, as one of the following, for an immigrant visa that is pending immediately before the day on which this section comes into force:

- (a) a person described in subparagraph 9(1)(b)(i) or paragraph 10(1)(b) of the former Regulations;
- (b) an investor; or
- (c) an entrepreneur.

(3) During the period beginning on the day on which this section comes into force and ending on March 31, 2003, units of assessment shall be awarded to a foreign national, in accordance with the former Regulations, if the foreign national is an immigrant who,

- (a) is referred to in subsection 8(1) of those Regulations, other than a provincial nominee; and
- (b) before January 1, 2002, made an application for an immigrant visa under those Regulations that is still pending on the day on which this section comes into force and has not, before that day, been awarded units of assessment under those Regulations.

(4) If, before the day on which this section comes into force, a foreign national referred to in subsection (3) has

du nouveau Règlement, dont voici les extraits pertinents:

361. (1) Si, avant l'entrée en vigueur du présent article, un étranger visé au paragraphe (2) a été évalué par un agent des visas et a obtenu le nombre de points d'appréciation exigés par l'ancien règlement, cette évaluation confère, pour l'application du présent règlement, un nombre de points égal ou supérieur au nombre minimum de points requis pour se voir attribuer:

- a) la qualité de travailleur qualifié, dans le cas de l'étranger visé à l'alinéa (2)a);
- b) la qualité d'investisseur, dans le cas de l'étranger visé à l'alinéa (2)b);
- c) la qualité d'entrepreneur, dans le cas de l'étranger visé à l'alinéa (2)c);
- d) la qualité de travailleur autonome, dans le cas de l'étranger visé à l'alinéa (2)a).

(2) Le paragraphe (1) s'applique à l'étranger qui a présenté une demande de visa d'immigrant conformément à l'ancien règlement—pendante à l'entrée en vigueur du présent article—à titre, selon le cas:

- a) de personne visée au sous-alinéa 9(1)b)(i) ou à l'alinéa 10(1)b) de l'ancien règlement;
- b) d'investisseur;
- c) d'entrepreneur.

(3) Pendant la période commençant à la date d'entrée en vigueur du présent article et se terminant le 31 mars 2003, les points d'appréciation sont attribués conformément à l'ancien règlement à l'étranger qui est un immigrant qui:

- a) d'une part, est visé au paragraphe 8(1) de ce règlement, autre qu'un candidat d'une province;
- b) d'autre part, a fait, conformément à ce même règlement, une demande de visa d'immigrant avant le 1^{er} janvier 2002, pendante à l'entrée en vigueur du présent article, et n'a pas obtenu de points d'appréciation en vertu de ce règlement.

(4) Si, avant l'entrée en vigueur du présent article, l'étranger visé au paragraphe (3) a été apprécié par un

been assessed by a visa officer and awarded the number of units of assessment required by the former Regulations, that assessment is, for the purposes of these Regulations, an award of points equal or superior to the minimum number of points required of a federal skilled worker, an investor, an entrepreneur or a self-employed person, as the case may be.

(5) If a foreign national referred to in paragraph (2)(a) made an application before January 1, 2002 for an immigrant visa and has not, before April 1, 2003, been awarded the number of units of assessment required by the former Regulations, they must obtain a minimum of 70 points based on the factors set out in paragraph 76(1)(a) to become a permanent resident as a member of the federal skilled worker class.

FACTS

Legislative history

(a) Committee Hearings

[11] On December 15, 2001, the respondent tabled the proposed new Regulations which created a new selection system for immigrants and transitional provisions. Under subsection 5(2) of IRPA, the respondent must table proposed Regulations with respect to certain subject-matters before Parliament, and Parliament shall refer the proposed Regulations to the appropriate parliamentary Committee.

[12] In January, February and March 2002, the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration (the Committee) held hearings to consider the proposed new Regulations. It is clear that there was wide-spread condemnation by the Committee that the Regulations will apply to, and prejudice, the thousands of applicants for an immigrant visa who applied under the former Regulations before the government announced the new Regulations. The proposed Regulations were to take effect at the same time as the new Act, *viz.*, June 28, 2002.

[13] On February 26, 2002 the respondent "accepted the fairness and equity concerns" raised before the Committee that applicants for immigrant visas filed before the new Regulations were announced ought to be assessed under the selection criteria in effect at the time

agent des visas et a obtenu le nombre de points d'appréciation exigés par l'ancien règlement, cette appréciation confère, pour l'application du présent règlement, un nombre de points égal ou supérieur au nombre minimum de points requis d'un travailleur qualifié (fédéral), d'un investisseur, d'un entrepreneur ou d'un travailleur autonome, selon le cas.

(5) Si les points d'appréciation exigés par l'ancien règlement n'ont pas été attribués avant le 1^{er} avril 2003 à l'étranger visé à l'alinéa (2)a) qui a demandé un visa d'immigrant avant le 1^{er} janvier 2002, ce dernier doit obtenir un minimum de soixante-dix points au regard des facteurs visés à l'alinéa 76(1)a) du présent règlement pour devenir résident permanent au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

LES FAITS

Évolution législative

a) Audiences devant le Comité

[11] Le 15 décembre 2001, le défendeur a déposé le projet relatif au nouveau Règlement, qui prévoyait la création d'un nouveau système de sélection à l'égard des immigrants et comportait des dispositions transitoires. En vertu du paragraphe 5(2) de la LIPR, le défendeur doit déposer un projet de règlement au sujet de certaines questions devant le Parlement, qui doit renvoyer le projet de règlement en question au comité parlementaire compétent.

[12] En janvier, février et mars 2002, le Comité permanent de la Chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration (le Comité) a tenu des audiences afin d'examiner le nouveau projet de Règlement. Il est évident que le Comité réprouvait vivement l'application du Règlement au détriment des milliers de personnes qui ont présenté une demande de visa d'immigrant sous le régime de l'ancien Règlement, avant l'annonce du nouveau Règlement par le gouvernement. Le nouveau Règlement devait entrer en vigueur en même temps que la nouvelle Loi, soit le 28 juin 2002.

[13] Le 26 février 2002, le défendeur «a accepté les préoccupations liées à l'équité» qui ont été soulevées devant le Comité et selon lesquelles les personnes ayant déposé une demande de visa avant l'annonce du nouveau Règlement devraient être évaluées selon les critères de

they applied. The Minister announced that such applicants would continue to be selected under the current selection criteria until January 1, 2003, and that skilled workers and business immigrants who have not received a selection decision prior to January 1, 2003, would be subject to the new selection criteria under the new Regulations but with a reduced pass mark of 70 points instead of 75. The respondent also announced that visa applicants whose applications have not received a preliminary evaluation called a paper screening, can request a recall of their application and request a refund of the processing fee since they originally applied with the expectation that they would be assessed under the old selection criteria.

[14] This announcement did not allay the fairness and equity concerns of the parliamentarians on the Committee. On March 12, 2002 Ms. Joan Atkinson, Assistant Deputy Minister, Policy and Program Development, Department of Citizenship and Immigration appeared before the Committee. She testified about the six-month extension announced by the Minister and said at page 14 of the transcript:

We feel that the six months gives us adequate time to address a good proportion of that backlog . . . again, the objective is to try to mitigate the impact of retroactivity and mitigate the impact of this transition period . . .

[15] The parliamentarians on the Committee were not satisfied. They questioned Ms. Atkinson about the number of applications in the system before the proposed Regulations were announced that would not be processed by January 1, 2003. At page 25 of the transcript, Ms. Atkinson said:

. . . our international region believed that by January 1, 2003, they will hopefully have dealt with about 90,000 applications of those 120,000 people awaiting a selection decision. So that's a little better picture than the one I just gave you . . .

sélection en vigueur à la date de leurs demandes. Le ministre a annoncé que ces demandeurs continueraient à être choisis conformément aux critères de sélection actuellement en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2003 et que les travailleurs qualifiés et les gens d'affaires immigrants n'ayant pas reçu de décision relative à la sélection avant le 1^{er} janvier 2003 seraient assujettis aux nouveaux critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement, mais seraient tenus d'obtenir une note de passage de 70 points plutôt que 75. Le défendeur a également annoncé que les personnes qui ont présenté une demande de visa n'ayant pas fait l'objet d'une évaluation préliminaire appelée sélection administrative peuvent solliciter un rappel de leurs demandes et un remboursement de leurs frais de traitement, étant donné qu'elles s'attendaient, lorsqu'elles ont initialement présenté leurs demandes, à être évaluées en vertu des anciens critères de sélection.

[14] Cette annonce n'a pas calmé les appréhensions des parlementaires membres du Comité. Le 12 mars 2002, M^{me} Joan Atkinson, sous-ministre adjointe, Développement des politiques et des programmes, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, a comparu devant le Comité et a formulé les remarques suivantes au sujet de la prorogation de six mois annoncée par le ministre (à la page 14 de la transcription):

Nous estimons que la période de six mois nous donne suffisamment de temps pour nous attaquer à une bonne partie de cet arriéré [. . .] Ici encore l'objectif est de tâcher d'atténuer l'impact de la rétroactivité et de cette période de transition [. . .]

[15] Les parlementaires qui étaient membres du Comité n'étaient pas satisfaits. Ils ont interrogé M^{me} Atkinson au sujet du nombre de demandes qui se trouvaient dans le système avant l'annonce du projet de Règlement et qui ne seraient pas traitées d'ici le 1^{er} janvier 2003. À la page 25 de la transcription, M^{me} Atkinson s'est exprimée comme suit:

[. . .] notre région internationale estime que d'ici le 1^{er} janvier 2003, elle espère avoir traité environ 90 000 demandes sur les 120 000 demandes en attente d'une décision. Donc c'est une légère amélioration par rapport à la situation que je viens de vous décrire [. . .]

From this point forward, the Committee understood that there would be 30,000 applications filed under the old system which would not be processed by January 1, 2003. Members of the Committee decided that the Regulations ought to be amended to extend the time for processing these old applications until March 31, 2003 so that they can be processed under the old selection criteria. The witness for the respondent was asked if these applications can be given a priority so that they can be dealt with under the old system by this time. Ms. Atkinson implied at page 28 of the transcript that this could be done:

We can look at how we can put resources toward trying to deal with those individuals who are in that inventory and to process as many as we can under the old system before the new system has to apply. That's an option that could be pursued. Without additional resources, we have to decide where we would take resources from to put into places such as Beijing and other places where we have large inventories. That can be done.

(b) Committee Report

[16] In March 2002 the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration issued a Report [*Building a Nation: the Regulations under the Immigration and Refugee Protection Act*] regarding "the proposed regulations under the *Immigration and Refugee Protection Act*". In the first section of the Report under the heading entitled "Retroactivity", the Committee stated:

Unfortunately, by January 1, 2003 there will still be approximately 30,000 files remaining.

Although the Committee appreciates the government's responsiveness on this issue, we have concluded that the revised proposal does not go far enough. Those who will not have received a selection decision before the end of 2002 have the same hopes and dreams of immigrating to Canada as those who will receive a decision before that time. We believe that more of an effort can and must be made to process as many of these applications as possible by extending the deadline by three months.

...

À la lumière de ces remarques, le Comité a compris qu'environ 30 000 demandes déposées sous le régime de l'ancien système ne seraient pas traitées avant le 1^{er} janvier 2003. Les membres du Comité ont décidé qu'il y avait lieu de modifier le Règlement afin de proroger jusqu'au 31 mars 2003 le délai de traitement de ces anciennes demandes, de façon que les personnes concernées puissent être évaluées en vertu des anciens critères de sélection. Le témoin du défendeur s'est fait demander si on pouvait accorder la priorité à ces demandes afin que celles-ci puissent être traitées en vertu de l'ancien système à l'intérieur de ce délai. M^{me} Atkinson a laissé entendre que c'était possible (à la page 28 de la transcription):

Nous pouvons voir comment déployer nos ressources afin de traiter le maximum de demandes reçues selon l'ancien système avant que nous ne commençons à appliquer le nouveau système. C'est une possibilité. Sans ressources supplémentaires, nous devons décider comment redéployer nos ressources dans des endroits comme Beijing et d'autres villes où nous avons un grand nombre de demandes à traiter. La chose est possible.

b) Rapport du Comité

[16] En mars 2002, le Comité permanent de la Chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration a fait paraître un rapport [*Bâtir un pays: le Règlement découlant de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*] concernant «les règlements projetés en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*». Dans la première partie du rapport, sous la rubrique intitulée «Rétroactivité», le Comité s'est exprimé comme suit:

Malheureusement, le 1^{er} janvier 2003, quelque 30 000 demandes déjà reçues n'auront pas encore été traitées.

Le Comité sait gré au gouvernement de sa souplesse à cet égard, mais il a conclu que la proposition révisée ne va pas assez loin. Ceux qui ne sauront toujours pas, à la fin de 2002, s'ils ont été sélectionnés entretiennent les mêmes espoirs et ont les mêmes rêves que ceux qui seront avisés de la décision avant cette date. Nous croyons que le Ministère pourrait et devrait faire plus pour traiter autant de demandes que possible en repoussant la date limite de trois mois.

[...]

We therefore recommend that processing of applications received before December 31, 2001 should continue until the end of March, 2003.

[17] The Committee recommended the extension together with four other recommendations so that applications filed before December 31, 2001 would be processed by March 31, 2003. These four other recommendations were as follows:

1. the respondent make a corporate commitment to process the inventory on a priority basis;
2. the visa posts with a significant inventory should reassess their general policies regarding personal interviews so as to process more applications before the deadline;
3. special teams should be sent to visa posts with large inventories to process backlogs so that applicants are not disadvantaged by their place of application; and,
4. for fairness and equity the government should increase resources dedicated to processing the applications.

Respondent disregarded Committee's recommendations

[18] When the Governor in Council passed the proposed Regulations, it accepted the recommendation from the parliamentary Committee and extended the time frame from December 31, 2001 to March 31, 2003. However, the evidence before this Court makes clear that while the new Regulations extended the deadline until March 31, 2003:

1. no corporate commitment was made to process the inventory on a priority basis to clear this backlog;
2. the visa posts with a significant inventory did not reassess their general policies regarding personal interviews so as to process more applications before the deadline;

Aussi recommandons-nous de poursuivre le traitement des demandes reçues avant le 31 décembre 2001 jusqu'à la fin de mars 2003.

[17] Le Comité a recommandé la prorogation et a formulé quatre autres recommandations afin que les demandes déposées avant le 31 décembre 2001 soient traitées au plus tard le 31 mars 2003. Ces quatre autres recommandations étaient les suivantes:

1. Citoyenneté et Immigration Canada devrait s'engager à examiner en priorité les demandes à traiter.
2. Les bureaux des visas ayant à traiter un grand nombre de demandes devraient réévaluer leurs politiques générales en matière d'entrevue avec les demandeurs afin de traiter un plus grand nombre de demandes avant la date limite.
3. Il y aurait lieu d'envoyer des équipes spéciales dans les bureaux des visas où l'arriéré est lourd afin que les demandeurs ne soient pas désavantagés par le lieu où ils ont présenté leur demande.
4. Par souci de justice et d'équité, le gouvernement devrait augmenter les ressources affectées au traitement des demandes.

Le défendeur n'a pas tenu compte des recommandations du Comité

[18] Lorsque le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement, il a accepté la recommandation du Comité parlementaire et prorogé le délai du 31 décembre 2001 au 31 mars 2003. Cependant, il appert clairement de la preuve présentée à la Cour que, même si le nouveau Règlement prévoyait une prorogation du délai jusqu'au 31 mars 2003:

1. le Ministère n'a pris aucun engagement en vue d'examiner les demandes à traiter en priorité de façon à éliminer cet arriéré;
2. les bureaux des visas saisis d'un grand nombre de demandes n'ont pas réévalué leurs politiques générales concernant les entrevues avec les demandeurs afin de traiter un plus grand nombre de demandes avant la date limite;

3. the respondent did not send special teams to visa posts with large inventories to process backlogs; and,

4. the respondent did not increase resources dedicated to processing these applications.

In this way, the respondent ignored the parliamentary Committee's recommended course of action so as to be able to process the applications filed before January 1, 2002 by the extended deadline of March 31, 2003.

Purpose and intent of the extension to March 31, 2003

[19] The purpose and intent of extending the time frame for assessing applications filed before January 1, 2002 was to provide time to assess those applications. The Minister first extended the deadline from June 28, 2002 until December 31, 2002 to "address concerns about fairness and equity". Since it was clear to the Committee that there would still be 30,000 applications in this category pending on December 31, 2002, the parliamentary Committee recommended the time frame be further extended to March 31, 2003.

The numbers

[20] When this matter was heard the respondent did not have a reasonable grasp on the number of applications for immigrant visas which were filed before January 1, 2002, and which will not be processed by March 31, 2003. In evidence before the Committee on March 12, 2002, the officials for the respondent advised the Committee that there would be 30,000 such applications not processed by December 31, 2002. Based on the evidence before this Court, which was subject to cross-examination, it is clear that the respondent provided the Committee with significantly incorrect numbers. Rather than the 30,000 such applications expected to be outstanding as of December 31, 2002, the evidence established that there will be 80,000 to 120,000 such applications expected to be outstanding as of March 31, 2003. Of course, this hearing is only with respect to 124 applications.

3. le défendeur n'a pas envoyé d'équipes spéciales aux bureaux des visas où l'arriéré des demandes est lourd afin que ces demandes soient traitées;

4. le défendeur n'a pas augmenté les ressources affectées au traitement de ces demandes.

La preuve indique donc que le défendeur n'a pas suivi la démarche recommandée par le Comité parlementaire afin de pouvoir traiter les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 au plus tard à la date limite reportée au 31 mars 2003.

Objet de la prorogation jusqu'au 31 mars 2003

[19] La prorogation du délai relatif à l'évaluation des demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 visait à donner le temps nécessaire au traitement de ces demandes. Le ministre a prorogé le délai une première fois du 28 juin 2002 au 31 décembre 2002 afin [TRADUCTION] «d'atténuer les préoccupations liées à la justice et à l'équité». Étant donné qu'il était évident, aux yeux du Comité, que 30 000 demandes appartenant à cette catégorie n'auraient pas encore été examinées le 31 décembre 2002, il a recommandé que ce délai soit prorogé à nouveau jusqu'au 31 mars 2003.

Les chiffres

[20] Lorsque la présente affaire a été entendue, le défendeur n'avait pas une idée raisonnable du nombre de demandes de visas d'immigrants qui ont été déposées avant le 1^{er} janvier 2002 et qui ne seront pas traitées avant le 31 mars 2003. Lorsqu'ils ont témoigné devant le Comité le 12 mars 2002, les représentants du défendeur ont souligné que 30 000 demandes de cette nature ne seraient pas traitées avant le 31 décembre 2002. Compte tenu de ce témoignage, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire, il est évident que le défendeur a fourni au Comité des données numériques sensiblement erronées. Plutôt que les 30 000 demandes de cette nature qui seraient probablement pendantes le 31 décembre 2002, il appert de la preuve que de 80 000 à 120 000 demandes semblables n'auront vraisemblablement pas encore été examinées le 31 mars 2003. Bien entendu, la présente affaire concerne uniquement 124 demandes.

The adverse effect of the new Regulations on the applicants

[21] It is not necessary to detail the differences between the former Regulations and the new Regulations on the applicants. It is clear that the applicants are concerned that they will be denied a visa under the new Regulations, while they would be granted a visa if they are assessed under the 1978 Regulations. For this reason, the applicants believe that they will lose important rights to a Canadian visa if they are to be assessed under the selection criteria in the new Regulations. The Court is satisfied that the applicants have legitimate concerns in this regard.

Delays and the visa application process

[22] The 124 applications, which are the subject of this consolidated application, were filed at 21 different overseas visa offices. The evidence is clear that these offices have experienced exponential increases in immigrant visa applications and that the visa offices only process a limited number of applicants per year in accordance with a quota assigned by the respondent. As a result, there is a backlog at many visa posts where applicants must wait years for an interview. The visa application process is explained at the respondent's Web site dated June 5, 2002 entitled "Canadian Immigration Missions Overseas-A Quick Guide to Visa Offices; Where They Are, What They Do and Who Works There". The visa application process is explained as follows:

The application is assessed at a visa office. This involves confirming the identity of the applicant, determining the eligibility for immigration, and determining if the applicant meets security, medical and criminal requirements. Sometimes, this can be done through the mail. Complicated cases may require interview. The visa officer must make the decision whether to issue or refuse the visa.

The evidence established that the visa application is initially "paper screened" by a case analyst who makes a preliminary "immigrant assessment record summary". At this stage, the visa applicant is assigned a number of

Les conséquences défavorables du nouveau Règlement pour les demandeurs

[21] Il n'est pas nécessaire d'exposer en détail les différences entre l'ancien Règlement et le nouveau en ce qui concerne les demandeurs. Il est évident que ceux-ci craignent que leurs demandes de visas ne soient refusées en vertu du nouveau Règlement alors qu'elles seraient acceptées s'ils étaient évalués sous le régime du Règlement de 1978. C'est pourquoi ils estiment qu'ils perdront des droits importants liés à l'obtention d'un visa canadien s'ils sont évalués en vertu des critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement. La Cour estime que les demandeurs ont des préoccupations légitimes à cet égard.

Les délais et le processus de traitement des demandes de visas

[22] Les 124 demandes qui sont examinées en l'espèce ont été déposées à 21 différents bureaux des visas situés à l'étranger. La preuve indique sans conteste un accroissement exponentiel du nombre de demandes de visas dont ils sont saisis et qu'ils ne traitent qu'un nombre restreint de demandes par année conformément au contingent que le défendeur leur attribue. Par conséquent, il existe un arriéré de nombreux bureaux des visas, où les demandeurs doivent attendre des années avant d'être appelés en entrevue. Le processus de traitement des demandes de visas est expliqué dans le site Web du défendeur daté du 5 juin 2002 et intitulé «Missions canadiennes à l'étranger offrant des services d'immigration-Guide de référence rapide sur les bureaux des visas: où ils sont situés, ce qu'ils font et qui y travaille». Le processus de traitement des demandes de visas est expliqué comme suit:

La demande est examinée à un bureau des visas. Cela suppose confirmer l'identité du demandeur, déterminer la recevabilité de la demande et vérifier que le demandeur satisfait aux exigences sur les plans de la sécurité, de la santé et de la justice. Il est possible quelquefois de procéder à ce genre de vérifications par courrier. Dans les cas complexes, une entrevue peut être nécessaire. C'est l'agent des visas qui décide de délivrer ou non un visa.

Il appert de la preuve que la demande de visa fait d'abord l'objet d'une «sélection administrative» par un analyste, qui établit un document préliminaire intitulé «résumé du dossier d'évaluation de l'immigrant». À ce

units of assessment, and a visa officer decides whether the application is denied on the basis of the preliminary assessment, whether the application is granted without requiring an interview, or whether the applicant should be scheduled for an interview. The evidence established that this paper screening step only takes between 10 and 15 minutes. In 2001, for all immigrant categories worldwide, 48% of the applications were granted at this stage without requiring an interview.

[23] If an interview is required following the paper screening, the applicants are placed in a notional queue, which visa offices frequently reported takes 15 months. The average length of the interview, when it does take place, is about one hour. At that point, the visa officer assesses a final award of units of assessment unless certain matters arise at the interview which require verification.

Example of the delay

[24] To give one actual example, the Court will refer to the application filed by Mr. Majumdar Anup Kumar (hereinafter referred to as Mr. Majumdar), Court Docket No. IMM-3077-02.

(a) Mr. Majumdar filed an application for permanent residence in Canada at the Canadian visa office in Hong Kong on June 1, 1999. Mr. Majumdar is a mechanical engineer with a Bachelor of Mechanical Engineering and with 12 years' work experience. All the necessary documents and the required visa processing fee in the amount of \$1,100 were sent with the application.

(b) On August 5, 1999 the Hong Kong visa office acknowledged receipt of the visa application with the correct fee payment, assigned the application a file number, and advised that an initial assessment of the application would be conducted within the next "6 months".

(c) On October 21, 1999 the Hong Kong visa office advised that the initial assessment of the application had been completed and that the applicant would be notified

stade, un certain nombre de points d'appréciation sont attribués au demandeur et l'agent des visas décide s'il y a lieu de refuser la demande sur la foi de l'évaluation préliminaire, de faire droit à la demande sans exiger d'entrevue ou de faire passer une entrevue au demandeur. La preuve indique que cette sélection administrative ne nécessite que 10 à 15 minutes. Au cours de l'année 2001, 48 p. 100 des demandes visant toutes les catégories d'immigrants à l'échelle planétaire ont été accueillies à ce stade sans qu'une entrevue soit exigée.

[23] Lorsqu'une entrevue est exigée par suite de la sélection administrative, les demandeurs sont inscrits sur une liste d'attente fictive; selon le bureau des visas concerné, le délai d'attente atteint souvent 15 mois. La durée moyenne de l'entrevue, lorsqu'elle a lieu, est d'environ une heure. Au cours de cette entrevue, l'agent des visas détermine de façon définitive le nombre de points d'appréciation à attribuer au demandeur, à moins que certaines questions soulevées au cours de l'entrevue ne nécessitent une vérification.

Exemple du retard

[24] Afin de donner un exemple concret, la Cour citera le cas de la demande qu'a déposée M. Majumdar Anup Kumar (ci-après appelé M. Majumdar) dans le dossier numéro IMM-3077-02.

a) M. Majumdar a déposé une demande de résidence permanente au Canada au bureau canadien des visas situé à Hong Kong le 1^{er} juin 1999. M. Majumdar est un ingénieur en mécanique qui est titulaire d'un baccalauréat en génie mécanique et compte 12 ans d'expérience. Tous les documents nécessaires ainsi que les frais de traitement prescrits, soit une somme de 1 100 \$, ont été joints à la demande.

b) Le 5 août 1999, le bureau des visas de Hong Kong a accusé réception de la demande de visa et du paiement des frais prescrits, attribué un numéro de dossier à la demande et informé le demandeur qu'une évaluation initiale de sa demande aurait lieu dans les «six prochains mois».

c) Le 21 octobre 1999, le bureau des visas de Hong Kong a informé le demandeur que l'évaluation initiale de la demande avait été faite, qu'il serait avisé dans les «15

within “15 months” regarding an interview date and that interviews generally take place 2-3 months following the notification letter (15 months from October 21, 1999 is January 21, 2001).

(d) Since the 15-month period expired without any contact from the visa office, on June 12, 2001 (20 months later), counsel for the applicant sent a letter to the program manager for the respondent at the Hong Kong visa office requesting an interview date and status report.

(e) There was no response to this letter so counsel sent a “reminder fax” to the program manager on August 22, 2001. The fax noted that counsel had left “several telephone messages on the program manager’s voice mail”.

(f) As of the date of the hearing, Mr. Majumdar has not been contacted by the visa office in Hong Kong and has not been scheduled for an interview, notwithstanding that his application was filed 44 months ago.

[25] Mr. Majumdar deposed that he would not qualify under the new immigration selection criteria for skilled workers, that he would have qualified for a visa under the former Regulations, and that he had invested more than \$6,000 and over three years of his life toward his application for a Canadian visa.

Immigration revenue from cost recovery fees charged visa applicants

[26] Immigration revenue from cost recovery fees that were charged to visa applicants and collected by all visa missions for the fiscal year end of March 31, 2002 totalled \$310 million. The budget expenditures for overseas visa offices in 2002 was \$185.8 million. Accordingly, the government collected \$125 million more in visa application cost recovery revenue than it spent in 2002 for overseas visa offices. The evidence established that this revenue is deposited in the

prochains mois» de la date de l’entrevue et que les entrevues ont généralement lieu de deux à trois mois après la lettre d’avis (un délai de 15 mois suivant le 21 octobre 1999 nous mène au 21 janvier 2001).

d) Le 12 juin 2001 (20 mois plus tard), étant donné que le délai de 15 mois avait expiré sans que le demandeur reçoive de nouvelles du bureau des visas, l’avocat de celui-ci a fait parvenir une lettre au directeur du programme du défendeur au bureau des visas de Hong Kong afin de lui demander une date d’entrevue et un rapport concernant l’évolution du dossier de son client.

e) N’ayant reçu aucune réponse à cette lettre, l’avocat a fait parvenir par télécopieur un avis de rappel au directeur du programme le 22 août 2001. Dans cet avis, l’avocat a souligné qu’il avait laissé [TRADUCTION] «plusieurs messages téléphoniques sur la boîte vocale du directeur du programme».

f) À la date de l’audience, M. Majumdar n’avait pas encore été joint par le bureau des visas de Hong Kong et aucune entrevue n’avait été fixée pour lui, malgré le fait que sa demande avait été déposée 44 mois plus tôt.

[25] M. Majumdar a déclaré au cours de son témoignage qu’il ne serait pas admissible selon les nouveaux critères de sélection applicables aux travailleurs qualifiés, qu’il aurait été admissible à un visa en vertu de l’ancien Règlement et qu’il avait investi plus de 6 000 \$ et plus de trois ans de sa vie dans la préparation et la présentation d’une demande de visa canadien.

Recettes d’immigration découlant des droits exigés des demandeurs de visas

[26] Pour l’exercice financier terminé le 31 mars 2002, les recettes d’immigration découlant des droits qui ont été exigés des demandeurs de visas et perçus par tous les bureaux des visas ont atteint une somme de 310 000 000 \$, alors que les dépenses budgétaires de ces bureaux se sont élevées à 185 800 000 \$ au cours de la même période. En conséquence, le gouvernement a perçu 125 000 000 \$ de plus au titre des droits exigés à l’égard des demandes de visas que le montant qu’il a

Consolidated Revenue Fund. The evidence also established that the respondent did not make any request in 2002 for additional resources or budget allocations to process the backlog of visa applications by March 31, 2003.

SWAT teams

[27] The evidence established that the respondent sent special teams, called SWAT teams, to overseas visa offices in 2001 to clear backlogs at missions with large inventories. The respondent requested and obtained extra resources from the government in 2001 for this purpose. The Committee recommended that such SWAT teams be used in 2002 to clear backlogs. However, the respondent made no request for extra resources for such SWAT teams to clear backlogs prior to March 31, 2003. The evidence of Mr. Daniel Jean, Director General of International Region, Citizenship and Immigration Canada established that such SWAT teams can be put together from experienced officials based in Ottawa and that the necessary training for the SWAT teams takes two weeks.

Number of officials processing visa applications overseas

[28] The actual number of immigration officials in overseas offices processing applications for visas declined in 2002 compared with 2001. Immigration staff at overseas visa offices in 2002 totalled 1,366, compared with 1,403 in 2001.

No effort to process backlog before March 31, 2003

[29] In the cross-examination of Mr. Daniel Jean, the principal witness for the respondent, Mr. Jean said there is no temporary objective, program or personnel in place to clear the backlog of applications because the respondent is meeting its immigration target levels. Mr. Jean confirmed that there were no new resources deployed to clear the backlog.

dépendé en 2002 pour les bureaux des visas à l'étranger. Il appert de la preuve que ces recettes sont versées au Trésor et que le défendeur n'a pas demandé de ressources supplémentaires ou d'autres crédits budgétaires en 2002 afin de traiter l'arriéré des demandes de visas d'ici le 31 mars 2003.

Équipes de formation et d'intervention spéciale

[27] Il a été mis en preuve qu'en 2001, le défendeur a envoyé des équipes de formation et d'intervention spéciale aux bureaux des visas à l'étranger afin d'éliminer les arriérés aux missions comptant un nombre élevé de cas à traiter. Le défendeur a demandé et obtenu des ressources supplémentaires du gouvernement en 2001 à cette fin. Le Comité a recommandé que ces équipes soient utilisées en 2002 afin d'éliminer les arriérés. Toutefois, le défendeur n'a fait aucune demande de ressources supplémentaires permettant d'affecter ces équipes à cette tâche et d'éliminer l'arriéré d'ici le 31 mars 2003. D'après le témoignage de M. Daniel Jean, directeur général de la Région internationale à Citoyenneté et Immigration Canada, ces équipes peuvent être composées de représentants expérimentés qui sont basés à Ottawa et qui doivent recevoir une formation de deux semaines.

Nombre d'agents qui traitent les demandes de visas à l'étranger

[28] Le nombre réel d'agents d'immigration qui traitent les demandes de visas dans les bureaux situés à l'étranger a baissé en 2002 comparativement à 2001, passant en effet de 1 403 à 1 366.

Absence de mesures visant à traiter l'arriéré avant le 31 mars 2003

[29] Au cours de son contre-interrogatoire, M. Daniel Jean, le principal témoin du défendeur, a mentionné qu'il n'y a pas d'objectif, de programme ou de personnel temporaire en place pour éliminer l'arriéré des demandes, parce que le défendeur atteint actuellement ses niveaux cibles en matière d'immigration. M. Jean a confirmé qu'aucune nouvelle ressource n'était déployée en vue d'éliminer l'arriéré.

Hong Kong Visa Office closed for three months

[30] About 11,000 applications received before January 1, 2002 in Hong Kong will likely not be processed as of March 31, 2003. The Hong Kong visa office closed for three months in the summer of 2002 and thereby stopped assessing applicants. The purpose of the closure was to train the Hong Kong staff on the new Act.

Applicants are not queue jumpers

[31] It is important to note that the applicants in this case have followed the Canadian rules and Canadian law to seek admission to Canada. They are not “queue jumpers”. Moreover, these applicants are generally skilled workers who believe that they would qualify for landing in Canada under the former Regulations.

ANALYSIS

Retrospectivity

[32] The applicants argue that, despite the repeal of the former *Immigration Act* by paragraph 274(a) of the IRPA, the rights acquired under the former *Immigration Act* survive by virtue of section 43 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], which preserves in force the rights and duties accrued under repealed legislation. The applicants further contend that such survival of their rights under the former *Immigration Act* is not precluded by section 190 of the IRPA, and that the retrospective operation of section 361 of the IRPR is not authorized in the framework legislation.

[33] In order to assess the merits of this argument, the Court has to look at the specific statutory language used in the transitional provisions of the IRPA and the Regulations made under those provisions. The Court will presume that legislation is not intended to have a retrospective effect when the provision substantially affects the vested rights of a party, see *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301. As this is only a presumption, it can be rebutted. As Mr. Justice Duff stated in *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, at page 419:

Fermeture du bureau des visas de Hong Kong pour une période de trois mois

[30] Environ 11 000 demandes reçues avant le 1^{er} janvier 2002 à Hong Kong ne seront vraisemblablement pas traitées le 31 mars 2003. Le bureau des visas de Hong Kong a été fermé pendant trois mois au cours de l'été 2002 et le personnel a donc cessé d'évaluer les demandeurs. La fermeture avait pour but de former le personnel de Hong Kong au sujet de la nouvelle Loi.

Les demandeurs ne sont pas des resquilleurs

[31] Il importe de souligner que les demandeurs en l'espèce ont respecté les règles et exigences canadiennes afin d'obtenir leur admission au Canada. Ils ne sont pas des «resquilleurs». De plus, ces demandeurs sont généralement des travailleurs qualifiés qui croient qu'ils seraient admissibles à obtenir le droit de s'établir au Canada sous le régime de l'ancien Règlement.

ANALYSE

Rétroactivité

[32] Les demandeurs soutiennent que, malgré l'abrogation de l'ancienne *Loi sur l'immigration* par l'alinéa 274a) de la LIPR, les droits acquis en vertu de cette ancienne Loi survivent en raison de l'article 43 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] qui a pour effet de préserver les droits acquis et les responsabilités contractées sous le régime du texte législatif abrogé. Les demandeurs ajoutent que l'article 190 de la LIPR n'a pas pour effet d'empêcher cette survie des droits que leur accorde l'ancienne *Loi sur l'immigration* et que l'application rétrospective de l'article 361 du RIPR n'est pas autorisée dans la législation cadre.

[33] Afin d'évaluer le bien-fondé de cet argument, la Cour doit examiner le libellé des dispositions transitoires de la LIPR et du Règlement pris en vertu de ces dispositions. La Cour présumera que la législation ne doit pas avoir un effet rétrospectif lorsque la disposition touche sensiblement les droits acquis d'une partie: voir *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301. Comme il ne s'agit que d'une présomption, il est possible de la réfuter. Comme le juge Duff l'a dit dans l'arrêt *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, à la page 419:

. . . that intention may be manifested by express language or may be ascertained from the necessary implications of the provisions of the statute, or the subject matter of the legislation or the circumstances in which it was passed may be of such a character as in themselves to rebut the presumption that it is intended only to be prospective in its operation.

[34] It is also now well established that the Court can examine the legislative history of a provision when interpreting its meaning, see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pages 787-789.

[35] Upon considering the express words used by Parliament in sections 190 and 201 of the IRPA, the Court is satisfied that Parliament intended the new Act apply to applications for permanent residence filed under the former Act, and that it delegated to Governor in Council the authority to make regulations that would set out the transitional legal regime for such applications. In other words, the statutory language clearly conveys the legislative intent to apply the new Act retrospectively and to authorize regulations with retrospective effect. It is trite law that Parliament can expressly enact retroactive or retrospective legislation, and this clear expression overrides the presumption against retroactivity or retrospectivity, which is identified in section 43 of the *Interpretation Act*.

[36] The Regulations, in full compliance with the authorizing section of the Act (section 201), make certain transitional exceptions from the general retrospective regime. These exceptions only apply to applications filed before January 1, 2002. In particular, subsection 361(3) provides that, until March 31, 2003, units of assessment shall be awarded to economic class applicants who applied before January 1, 2002 in accordance with the former Regulations. Subsection 361(5) provides that, beginning from April 1, 2003, such applicants will be assessed under the new Regulations but will have to obtain a minimum of 70 points (as opposed to the general pass mark of 75) to qualify in the federal skilled worker class. In my opinion, these provisions clearly express the intent of the Governor in Council to apply the new selection system to all

[TRADUCTION] [. . .] cette intention peut être manifeste ou peut ressortir des déductions nécessaires que comportent les dispositions de la loi ou de l'objet de la loi, ou les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée peuvent être telles qu'en elles-mêmes elles réfutent la présomption selon laquelle la loi était destinée seulement à avoir une application pour l'avenir.

[34] Par ailleurs, il est bien reconnu désormais que la Cour peut examiner l'évolution législative d'une disposition lorsqu'elle en interprète le sens; voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, aux pages 787 à 789.

[35] Après avoir examiné le libellé explicite des articles 190 et 201 de la LIPR, la Cour est convaincue que le Parlement voulait que la nouvelle Loi s'applique aux demandes de résidence permanente déposées sous le régime de l'ancienne Loi et qu'il a délégué au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements afin d'établir le régime juridique transitoire applicable à ces demandes. En d'autres termes, le texte législatif indique clairement que le législateur avait l'intention d'appliquer la nouvelle Loi de manière rétrospective et d'autoriser la prise d'un règlement ayant un effet rétroactif. Il est bien reconnu en droit que le Parlement peut adopter expressément un texte législatif ayant un effet rétroactif ou rétrospectif et que cette expression claire réfute la présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive ou rétrospective qui est énoncée à l'article 43 de la *Loi d'interprétation*.

[36] Le Règlement, qui est tout à fait conforme à la disposition habilitante de la Loi (article 201), prévoit certaines exceptions transitoires à l'égard du régime rétrospectif général. Ces exceptions ne s'appliquent qu'aux demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002. Plus précisément, le paragraphe 361(3) dispose que, jusqu'au 31 mars 2003, des points d'appréciation doivent être attribués aux demandeurs qui appartiennent à la catégorie immigration économique et qui ont présenté leurs demandes avant le 1^{er} janvier 2002 conformément à l'ancien Règlement. Le paragraphe 361(5) énonce que, à compter du 1^{er} avril 2003, ces demandeurs seront évalués en vertu du nouveau Règlement, mais devront obtenir un minimum de 70 points (plutôt que la note de passage générale de 75 points) pour être admissibles dans la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral). À

applicants before January 1, 2002 who have not been assessed prior to April 1, 2003, with the concession that applicants who applied before January 1, 2002 will be given a five-point bonus under the new system.

[37] This interpretation of the transitional provisions is supported by jurisprudential precedent. In *Chen v. Canada (Secretary of State)* (1995), 91 F.T.R. 76, the Federal Court Trial Division was concerned with interpretation of section 109 of *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49 (commonly known as Bill C-86)—a provision quite similar in language to section 190 of the IRPA. Rothstein J. held that such language was sufficiently clear to convey the legislative intent that the law should apply retrospectively (at paragraph 12):

. . . Parliament, by section 109, has clearly stated how amendments to the *Immigration Act* under Bill C-86 are to apply. Such express statutory provision overrides any common law rule or general provision in the *Interpretation Act* applicable in the absence of such legislation.

I therefore conclude that section 361 of the IRPR is validly authorized retrospective legislation and should operate according to its terms. This means that the applications filed after January 1, 2002 are to be assessed under the new Regulations, and applications filed before January 1, 2002 shall be assessed under the old Regulations up until March 31, 2003.

Mandamus

[38] *Mandamus* lies to compel the performance of a public legal duty which a public authority refuses or neglects to perform although duly called upon to do so, *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1997] 2 F.C. 216 (C.A.).

Criteria for *mandamus*

[39] In *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100, the

mon avis, ces dispositions indiquent clairement l'intention du gouverneur en conseil d'appliquer le nouveau régime de sélection à tous les demandeurs qui ont présenté une demande avant le 1^{er} janvier 2002 et qui n'auront pas été évalués avant le 1^{er} avril 2003, en leur accordant une prime de 5 points.

[37] Cette interprétation des dispositions transitoires est appuyée par la jurisprudence. Dans *Chen c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 91 F.T.R. 76, la Cour fédérale Division de première instance devait interpréter l'article 109 de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49 (communément appelée le projet de loi C-86), dont le texte est assez semblable à l'article 190 de la LIPR. Le juge Rothstein a statué que ce texte était suffisamment clair pour indiquer que, selon l'intention du législateur, la Loi devait s'appliquer de manière rétrospective (au paragraphe 12):

[...] le Parlement a clairement indiqué à l'article 109 la façon d'appliquer les modifications apportées par le projet de loi C-86 à la *Loi sur l'immigration*. Une telle disposition exprime de la part du législateur une préséance sur toute règle de common law ou disposition générale indiquant que la *Loi d'interprétation* s'applique en l'absence d'une telle législation.

J'estime donc que l'article 361 du RIPR est une disposition rétrospective valablement autorisée et qu'il devrait s'appliquer selon son libellé. Cela signifie que les demandes déposées après le 1^{er} janvier 2002 doivent être évaluées conformément au nouveau Règlement et que les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 doivent être évaluées en conformité avec l'ancien Règlement jusqu'au 31 mars 2003.

Mandamus

[38] Le recours en *mandamus* permet d'exiger l'exécution d'une obligation légale à caractère public lorsqu'une autorité publique refuse ou néglige de remplir cette obligation même si elle a été dûment sommée de le faire: *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216 (C.A.).

Critères relatifs au *mandamus*

[39] Dans *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), conf. par [1994] 3 R.C.S.

Federal Court of Appeal conducted an extensive review of the jurisprudence relating to *mandamus* and outlined the following conditions that need to be satisfied for the Court to issue a writ of *mandamus*:

- (1) There must be a public legal duty to act.
- (2) The duty must be owed to the applicant.
- (3) There is a clear right to the performance of that duty, in particular:
 - (a) the applicant has satisfied all conditions precedent giving rise to the duty;
 - (b) there was (i) a prior demand for performance of the duty; (ii) a reasonable time to comply with the demand unless refused outright; and (iii) a subsequent refusal which can be either expressed or implied, e.g. unreasonable delay.
- (4) No other adequate remedy is available to the applicant.
- (5) The order sought will be of some practical value or effect.
- (6) The Court in the exercise of discretion finds no equitable bar to the relief sought.
- (7) On a "balance of convenience" an order in the nature of *mandamus* should issue.

Criteria 1-2: Duty to act-statutory source

[40] The respondent acknowledges in paragraph 58 of his memorandum of fact and law that his officials have a statutory duty to process the applicants' visa applications. Therefore the first two requirements for *mandamus* are met. There is a public duty to act and the duty is owed to the applicants. In order to ascertain the content of that duty, it is useful to refer to its statutory sources.

1100, la Cour d'appel fédérale a examiné en profondeur la jurisprudence concernant le *mandamus* et énoncé les conditions suivantes qui doivent être respectées pour que la Cour délivre un bref de *mandamus*:

- 1) Il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public.
- 2) L'obligation doit exister envers le requérant.
- 3) Il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation, notamment:
 - a) le requérant a rempli toutes les conditions préalables donnant naissance à cette obligation;
 - b) il y a eu (i) une demande d'exécution de l'obligation, (ii) un délai raisonnable a été accordé pour permettre de donner suite à la demande à moins que celle-ci n'ait été rejetée sur-le-champ et (iii) il y a eu refus ultérieur, express ou implicite, par exemple un délai déraisonnable.
- 4) Le requérant n'a aucun autre recours adéquat.
- 5) L'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique.
- 6) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal estime que, sur le plan de l'équité, rien n'empêche d'obtenir le redressement demandé.
- 7) Compte tenu de la «balance des inconvénients», une ordonnance de *mandamus* devrait être rendue.

Critères 1 et 2: Obligation d'agir-origine législative

[40] Le défendeur reconnaît au paragraphe 58 de son exposé des faits et du droit que ses fonctionnaires sont légalement tenus de traiter les demandes de visas des demandeurs. En conséquence, les deux premières exigences à remplir pour l'obtention d'un bref de *mandamus* sont respectées. Il existe une obligation d'agir à caractère public et cette obligation existe envers les demandeurs. Afin de déterminer le contenu de cette obligation, il convient d'en examiner les sources législatives.

[41] When the applicants submitted their applications for permanent residence, the former Act was still in force. Subsection 5(2) of the former Act imposes on the respondent a clear obligation to grant landing to an applicant for permanent residence who meets the relevant statutory requirements:

5. . . .

(2) An immigrant shall be granted landing if he is not a member of an inadmissible class and otherwise meets the requirements of this Act and the regulations.

Further, subsection 9(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the former Act imposes a positive duty on the visa officer to assess every application for permanent residence in accordance with the Act and its attendant Regulations:

9. . . .

(2) An application for an immigrant's visa shall be assessed by a visa officer for the purpose of determining whether the person making the application and every dependant of that person appear to be persons who may be granted landing.

That duty of the visa officer is continued by the IRPA, which came into force on June 28, 2002. Pursuant to section 190 of the IRPA, all applications "pending or in progress" became governed by the IRPA upon its coming into force. Under subsection 2(2) of the IRPA, references to "this Act" (i.e. IRPA) include Regulations made under it (IRPR). Therefore, since June 28, 2002, the applicants' applications are governed by the IRPA and the IRPR. Under subsection 361(3) of the IRPR, the economic class applications filed prior to January 1, 2002 must continue to be assessed according to the selection system in force at the time of their submission until March 31, 2003.

[42] It is clear, therefore, that the *prima facie* content of the respondent's duty owed to the applicants who filed their applications before January 1, 2002 is to assess them according to the selection system under the former Act. That duty appears on the face of the statutory framework. It arose, with regard to each of the applicants, when they filed their application for permanent residence. Until March 31, 2003, the same

[41] Lorsque les demandeurs ont déposé leurs demandes de résidence permanente, l'ancienne Loi était encore en vigueur. Le paragraphe 5(2) de l'ancienne Loi impose clairement au défendeur l'obligation d'accorder le droit d'établissement à une personne qui demande la résidence permanente et qui respecte les exigences législatives pertinentes:

5. [. . .]

(2) Ont droit de s'établir les immigrants qui n'appartiennent pas à une catégorie non admissible et qui remplissent les conditions prévues à la présente loi et à ses règlements.

De plus, le paragraphe 9(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4] de l'ancienne Loi impose à l'agent des visas un devoir positif d'évaluer chaque demande de résidence permanente conformément à la Loi et à son Règlement d'application:

9. [. . .]

(2) Le cas du demandeur de visa d'immigrant est apprécié par l'agent des visas qui détermine si le demandeur et chacune des personnes à sa charge semblent répondre aux critères de l'établissement.

Cette obligation de l'agent des visas est maintenue dans la LIPR, qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Conformément à l'article 190 de la LIPR, toutes les demandes «présentées ou instruites» sont devenues assujetties à celle-ci dès son entrée en vigueur. Selon le paragraphe 2(2) de la LIPR, toute mention de «la présente Loi» (c.-à-d. la LIPR) vaut également mention du Règlement pris sous le régime de celle-ci (RIPR). En conséquence, depuis le 28 juin 2002, les demandes des demandeurs sont régies par la LIPR et le RIPR. En vertu du paragraphe 361(3) du RIPR, les demandes de la catégorie «immigration économique» déposées avant le 1^{er} janvier 2002 doivent continuer à être évaluées conformément au système de sélection en vigueur à la date de leur dépôt jusqu'au 31 mars 2003.

[42] Il est donc évident qu'à première vue, l'obligation du défendeur envers les personnes qui ont déposé leurs demandes avant le 1^{er} janvier 2002 consiste à évaluer ces demandes conformément au système de sélection applicable en vertu de l'ancienne Loi. Cette obligation ressort clairement du cadre législatif. Elle est née dans le cas de chacun des demandeurs au moment où ceux-ci ont déposé leurs demandes de résidence permanente.

duty continues in force, with regard to all the applicants who filed before January 1, 2002.

[43] The IRPA itself is also a source of obligations similar to those found in the former Act. Subsection 11(1) of the IRPA is analogous to subsection 9(2) of the former Act, providing for a visa officer's duty to assess:

11. (1) A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document shall be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

The content of the officer's duty of assessment under IRPA should certainly be interpreted in light of its other provisions, including the reference to "consistent standards and prompt processing" in paragraph 3(1)(f).

[44] The Minister is responsible for his visa officers, and it is impracticable to name each and every visa officer overseas. A "visa officer" is defined in subsection 2(1) of the former *Immigration Act* as "an immigration officer stationed outside Canada and authorized by order of the Minister to issue visas". The respondent does not take issue with being named the respondent, instead of individual visa officers.

Criterion 3: Right to performance

[45] The applicants in this case have satisfied the conditions precedent giving rise to the duty. They submitted their completed applications accompanied by all the required supporting documents, and paid the required processing fees. They also demanded, in most cases repeatedly, that the duty be performed. The crucial issue is whether the respondent has refused to perform his statutory duty. The refusal, as we know from jurisprudence, may be either express or implied. Neglect to perform the duty or unreasonable delay in performing it may be deemed an implied refusal to perform.

Jusqu'au 31 mars 2003, la même obligation demeure en vigueur dans le cas de tous les demandeurs qui ont déposé leurs demandes avant le 1^{er} janvier 2002.

[43] La LIPR elle-même énonce également des obligations semblables à celles qui découlent de l'ancienne Loi. Ainsi, le paragraphe 11(1) de la LIPR est analogue au paragraphe 9(2) de l'ancienne Loi en ce qui concerne l'obligation de l'agent des visas en matière d'évaluation:

11. (1) L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement, lesquels sont délivrés sur preuve, à la suite d'un contrôle, qu'il n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

Le contenu de l'obligation de l'agent prévue par la LIPR devrait certainement être interprété à la lumière des autres dispositions de cette Loi, notamment l'alinéa 3(1)f, qui renvoie à «la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace».

[44] Le ministre est responsable de ses agents des visas et il est à peu près impossible de nommer chacun des agents des visas travaillant à l'étranger. Un «agent des visas» est défini au paragraphe 2(1) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* comme un «agent d'immigration en poste à l'étranger et autorisé par arrêté du ministre à délivrer des visas». Le défendeur ne s'oppose pas au fait qu'il soit désigné partie défenderesse en l'espèce plutôt que chacun des agents des visas.

Critère 3: Droit d'exiger l'exécution de l'obligation

[45] Les demandeurs en l'espèce ont respecté les exigences préalables à la naissance de l'obligation. Ils ont rempli leurs demandes auxquelles ils ont joint toutes les pièces justificatives exigées ainsi que le paiement des frais de traitement. Ils ont également demandé, dans la plupart des cas à maintes reprises, l'exécution de l'obligation. La question cruciale à trancher est de savoir si le défendeur a refusé de se conformer à son obligation d'origine législative. Comme la jurisprudence l'indique, ce refus peut être explicite ou tacite. La négligence liée à l'exécution de l'obligation ou un retard déraisonnable à cet égard peuvent être considérés comme un refus implicite.

Criteria 4-5: No other adequate remedy, and
The order sought will be of some
practical value or effect

[46] The harm that the applicants may suffer if *mandamus* is not granted may be irreparable, i.e. their likelihood of obtaining a Canadian immigrant visa is substantially diminished. Their legal right to be assessed under the old selection system will be defeated if they are not processed by the cut-off date. That the applicants may be assessed under the new system instead does not serve as an adequate remedy if there is a likelihood that they will not qualify for a visa. An order of *mandamus* is the only practical way to protect their right to be assessed under the former Regulations.

Criterion 6: The Court in the exercise of
discretion finds no equitable bar to
the relief sought

[47] There is no equitable bar to the exercise of discretion in favour of the applicants. The applicants have not been responsible for the delay and have not compromised their cause in any other way. They come to the Court “with clean hands”, and there is no equitable bar to an order of *mandamus*.

Criterion 7: On a “balance of convenience” an
order in the nature of *mandamus*
should issue

[48] I am satisfied that the balance of convenience lies with the applicants since their rights to a visa may be severely prejudiced by the delay.

Five cases where *mandamus* granted against the
respondent

[49] Neglect to perform the duty or unreasonable delay in performing it may be deemed an implied refusal to perform. There are multiple precedents where *mandamus* has been granted against the Minister by this Court as a result of unreasonable processing delays in

Critères 4 et 5: Les demandeurs n’ont aucun autre
recours adéquat et l’ordonnance
solicitée aura une incidence sur le
plan pratique

[46] Le préjudice que les demandeurs risquent de subir si leur demande de *mandamus* est refusée pourrait être irréparable, c’est-à-dire que les chances qu’ils ont d’obtenir un visa d’immigrant canadien seront sensiblement amoindries. Le droit qu’ils ont, en vertu de la loi, d’être évalués selon l’ancien régime de sélection sera nié si leur demande n’est pas traitée d’ici la date limite. La possibilité que les demandeurs soient évalués en vertu du nouveau système ne constitue pas un redressement satisfaisant dans la mesure où il est probable qu’ils ne seront pas admissibles à obtenir un visa. L’ordonnance de *mandamus* constitue la seule façon pratique de protéger leur droit d’être évalués sous le régime de l’ancien Règlement.

Critère 6: Dans l’exercice de son pouvoir
discrétionnaire, la Cour estime que,
en vertu de l’équité, rien n’empêche
d’obtenir le redressement demandé

[47] En vertu de l’équité, rien n’empêche la Cour d’exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Ils ne sont pas responsables du retard et n’ont pas compromis leur cause d’une autre façon. Aucun reproche ne peut leur être adressé et rien n’empêche la Cour, en vertu de l’équité, de rendre une ordonnance de *mandamus*.

Critère 7: Compte tenu de la «balance des
inconvenients», une ordonnance de
mandamus devrait être rendue

[48] J’estime que la balance des inconvenients joue en faveur des demandeurs, étant donné que le retard peut sérieusement porter atteinte à leur droit d’obtenir un visa.

Cinq cas dans lesquels une ordonnance de *mandamus* a
été rendue contre le défendeur

[49] La négligence liée à l’exécution de l’obligation ou un retard déraisonnable à cet égard peuvent être assimilés à un refus tacite. La Cour fédérale a rendu à maintes reprises une ordonnance de *mandamus* contre le ministre par suite de retards de traitement déraisonnables

immigration or citizenship matters. For instance, in *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.), the applicant was a sponsored member of the family class, and the processing delay was attributed by the respondent to an investigation as to the *bona fides* of the marriage combined with background eligibility checks. No decision was made within four and a half years from the date the application had been filed. Strayer J. (as he then was) held that the delay was unreasonable, amounted to a failure to make a decision, and warranted an order of *mandamus* against the Minister.

[50] In *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.), no decision in an application for landing was made within four years, despite repeated promises that a decision would be made in the near future. The respondent attributed the delay to an investigation into the applicant's alleged criminal activities abroad, but could provide no convincing proof of such. Muldoon J. did not accept the respondent's assurances that "the respondent is actively processing the applicant's application and a decision is expected within the next four months" (at paragraph 4). He granted an order of *mandamus* with costs on a solicitor-client basis.

[51] In *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.), no decision was made in a citizenship application, due to CSIS investigation which was still incomplete after three years. Tremblay-Lamer J. remarked that, although no time limits were placed by statute on the powers of CSIS investigators, there was an implied obligation to complete the inquiries within a reasonable time. She granted an order of *mandamus* compelling the officer of the respondent to close the inquiry unless a clear justification to continue it could be stated within a fixed time limit.

[52] The case of *Platonov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 260

dans des dossiers d'immigration ou de citoyenneté. Ainsi, dans *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.), le demandeur était un membre parrainé de la catégorie de la famille et le défendeur a attribué le délai de traitement à une enquête concernant l'authenticité du mariage ainsi qu'à des vérifications des antécédents. Aucune décision n'a été prise dans les quatre ans et demi suivant la date du dépôt de la demande. Le juge Strayer (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) a statué que le délai était déraisonnable et équivalait à un refus de prendre une décision, ce qui justifiait une ordonnance de *mandamus* à l'encontre du ministre.

[50] Dans *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1^{re} inst.), aucune décision n'avait été prise en quatre ans relativement à une demande du droit d'établissement, malgré des promesses répétées selon lesquelles une décision serait prise sous peu. Le défendeur a attribué le délai à une enquête concernant les activités criminelles auxquelles le demandeur se serait livré à l'étranger, mais n'a pu fournir aucune preuve convaincante à ce sujet. Le juge Muldoon n'a pas accepté les garanties du défendeur selon lesquelles «[il] traite activement la demande de résidence permanente du demandeur et qu'une décision est attendue dans les quatre prochains mois» (au paragraphe 4). Il a prononcé une ordonnance de *mandamus* et accordé au demandeur des frais sur la base avocat-client.

[51] Dans *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1^{re} inst.), aucune décision n'avait été prise dans une demande de citoyenneté en raison d'une enquête du SCRS qui n'était toujours pas terminée après trois ans. M^{me} la juge Tremblay-Lamer a souligné que, même si la loi n'imposait aucun délai quant à l'exercice des pouvoirs accordés aux enquêteurs du SCRS, ceux-ci étaient implicitement tenus de terminer leurs enquêtes dans un délai raisonnable. Elle a donc rendu une ordonnance de *mandamus* sommant l'enquêteur du défendeur de mettre fin à l'enquête, à moins que des motifs sérieux justifiant la poursuite de celle-ci ne puissent être établis dans un délai précis.

[52] L'affaire *Platonov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 260

(F.C.T.D.), concerned an application for permanent residence in the investor category. The applicant was interviewed by a visa officer and provisionally approved. The medical examinations were completed and the required sum of money was deposited in the investor fund. The applicant even attended a second interview. However, within a three-year period the respondent still did not complete the background checks regarding the applicant's business contacts. MacKay J. granted an order of *mandamus*, referring in his decision to *Bhatnager, Dee and Conille, supra*.

[53] In *Bouhaik v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL), the applicant filed an application for landed immigrant status after having been recognized as a Convention refugee. There was, however, a four-year delay in CSIS inquiries into security ramifications of accepting the applicant. Lemieux J., while acknowledging the importance of security matters, ruled that the circumstances of the delay were as unreasonable as those in *Bhatnager, supra*, and granted a *mandamus*, requiring the respondent to finalize the application within six months from the date of the order.

Reasonableness of delay

[54] These cases provide some guidance with respect to assessing the reasonableness of a specific delay. In particular, in *Bhatnager, supra*, Strayer J. stated at page 317:

... *mandamus* can issue to require that some decision be made. Normally this would arise where there has been a specific refusal to make the decision, but it may also happen where there has been a long delay in the making of a decision without adequate explanation.

Justice Strayer articulated two *indicia* of unreasonable delay: its long duration, coupled with an absence of a reasonable explanation. The same parameters were

(C.F. 1^{re} inst.), concernait une demande de résidence permanente dans la catégorie des investisseurs. Le demandeur a été interrogé par un agent des visas et sa demande a été approuvée provisoirement. Les examens médicaux ont été complétés et le montant exigé a été déposé dans le fonds des investisseurs. Le demandeur s'est même soumis à une deuxième entrevue. Cependant, après un délai de trois ans, le défendeur n'avait toujours pas terminé l'examen des antécédents des personnes et entreprises avec lesquelles le demandeur avait entretenu des liens d'affaires. Le juge MacKay a rendu une ordonnance de *mandamus*, citant les décisions *Bhatnager, Dee et Conille*, précitées.

[53] Dans *Bouhaik c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL), le demandeur a déposé une demande du droit d'établissement après avoir été reconnu comme réfugié au sens de la Convention. Cependant, un délai de quatre ans imputable aux enquêtes du SCRS au sujet des questions de sécurité s'est écoulé avant que le demandeur soit accepté. Tout en reconnaissant l'importance des questions de sécurité, le juge Lemieux a statué que les circonstances du délai étaient aussi déraisonnables que celles de l'affaire *Bhatnager* et a rendu une ordonnance de *mandamus* sommant le défendeur de prendre une décision finale au sujet de la demande dans les six mois suivant la date de l'ordonnance.

Caractère raisonnable du délai

[54] Les décisions précitées renferment des commentaires utiles au sujet de l'évaluation du caractère raisonnable d'un délai donné. Ainsi, dans l'arrêt *Bhatnager*, précité, le juge Strayer s'est exprimé comme suit à la page 317:

[...] un bref de *mandamus* peut être délivré pour exiger qu'une décision soit rendue. Normalement, il en est ainsi lorsqu'il y a eu refus exprès de rendre une décision, mais ce peut être également le cas lorsqu'on tarde beaucoup à rendre une décision sans donner d'explication suffisante.

Le juge Strayer a énoncé deux éléments indiquant qu'un retard est déraisonnable: sa longue durée et l'absence d'explication suffisante à son sujet. Ces paramètres ont

refined in *Conille, supra*, where Tremblay-Lamer J. noted at paragraph 23 that a delay will be considered unreasonable if:

- (1) the delay in question has been longer than the nature of the process required, *prima facie*;
- (2) the applicant and his counsel are not responsible for the delay;
- (3) the authority responsible for the delay has not provided satisfactory justification.

In the case at bar, the applicants have not been responsible for the delay: the applicants have satisfied the procedural requirements of the Act and Regulations to the extent possible, in terms of providing the necessary supporting documentation and paying the required processing fees. The inquiry, therefore, has to focus on the length of the delay and the nature of the justifications offered by the respondent.

[55] A few of the applicants have been waiting for over two to three years. What period of time would be considered too long to process an immigration file? In *Bhatnager, supra*, the delay was four and a half years; in *Dee, supra*, and in *Bouhaik, supra*, about four years; in *Conille, supra*, and in *Platonov, supra*, about three years. All those delays were considered unreasonable on the facts. The holdings did not, in the words of Strayer J. in *Bhatnager, supra*, at page 317, “fix any uniform length of time as being the limit of what is reasonable.” Justice MacKay in *Platonov, supra*, also expressly cautioned against such an approach at paragraph 10:

Each case turns upon its own facts, and I am not persuaded that the jurisprudence in relation to this matter is particularly helpful, except to outline some parameters within which the Court has issued an order in the nature of *mandamus* where it has found there has been unusual delay which is not reasonably explained.

[56] The particular effects of the delay and the particular prejudice it may cause have to be considered.

[57] In *Kanes v. Minister of Citizenship and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (F.C.T.D.), Cullen J.

été précisés dans la décision *Conille*, précitée, où M^{me} la juge Tremblay-Lamer a souligné, au paragraphe 23, qu’un retard sera jugé déraisonnable si:

- 1) le délai en question a été plus long que ce que la nature du processus exige de façon *prima facie*;
- 2) le demandeur et son conseiller juridique n’en sont pas responsables; et
- 3) l’autorité responsable du délai ne l’a pas justifié de façon satisfaisante.

Dans la présente affaire, les demandeurs ne sont pas responsables du retard: ils ont respecté les formalités prévues dans la Loi et le Règlement dans la mesure du possible, en fournissant les documents à l’appui nécessaires et en payant les frais de traitement prescrits. En conséquence, l’enquête doit porter sur la durée du retard et sur la nature de la justification que le défendeur a invoquée.

[55] Quelques-uns des demandeurs attendent depuis deux et même trois ans. Quelle période qui serait considérée comme un délai d’attente trop long en ce qui concerne le traitement d’un dossier d’immigration? Dans la décision *Bhatnager*, précitée, le retard a duré quatre ans et demi; dans les décisions *Dee* et *Bouhaik*, il s’agissait d’un retard d’environ quatre ans et, dans les décisions *Conille* et *Platonov*, d’environ trois ans. Tous ces délais ont été jugés déraisonnables à la lumière des faits mis en preuve. D’après ce qu’a dit le juge Strayer dans la décision *Bhatnager*, à la page 317, les décisions n’ont pas eu pour effet «de fixer un délai qui servirait de limite à ce qui est raisonnable». Dans la décision *Platonov*, le juge MacKay a également formulé une mise en garde au sujet de cette approche au paragraphe 10:

Chaque cas est un cas d’espèce, et je ne crois pas que la jurisprudence relative à la présente affaire soit particulièrement utile, sauf pour indiquer certains paramètres à l’intérieur desquels la Cour a rendu une ordonnance de *mandamus* lorsqu’elle a conclu à un retard inhabituel qui n’est pas raisonnablement expliqué.

[56] Il est nécessaire d’examiner dans chaque cas les conséquences du délai et le préjudice qui peut en découler.

[57] Dans *Kanes c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.), le

held that the delay in processing the applicant's claim was unreasonable not because of its specific duration, but because it resulted in a severe substantive detriment to the applicant following a legislative amendment. He stated at paragraph 26 that, in such circumstances, "the change in the legislation cannot be used to operate to the detriment of the applicant." Likewise, in *Meikle v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 137 F.T.R. 304 (F.C.T.D.), Heald D.J. ruled [at paragraph 17] that a delay of 20 months was unreasonable where it "had the effect of depriving the applicant of rights already vested in him".

[58] The respondent contends that the delay is caused by his limited resources in the face of the ever increasing volume of incoming immigrant applications. In *Conille, supra*, and *Platonov, supra*, the delay was attributed to a backlog of security inquiries, and that was not accepted by the Court as a reasonable explanation. In *Kanes, supra*, Cullen J. noted at paragraph 26:

The respondent has demonstrated the enormous workload faced by the Department, however, that cannot be used in this case as an excuse for their delay in processing a valid claim, which claim would have been accepted but for the delay and the change in legislation.

Accordingly, there is ample precedent to grant *mandamus* for the assessment of visa applications where the excuse for the delay is the enormous workload faced by the Immigration Department, and where the delay may result in a substantive detriment to the applicant.

The duty and its breach

[59] The respondent admits that he has a statutory duty to process the applications for immigrant visas in this case. In February 2002 the respondent announced "for reasons of fairness and equity" a six-month extension for assessing applications under the former Regulations from June 28 to December 31, 2002. Since this proposed six-month extension did not satisfy the

juge Cullen a statué que le délai relatif au traitement de la demande du demandeur était déraisonnable non pas en raison de sa durée, mais plutôt en raison du préjudice qu'il a occasionné à celui-ci par suite d'une modification législative. Au paragraphe 26 de cette décision, il a précisé que, dans ces circonstances, «on ne pouvait pas recourir à la modification législative au détriment du requérant». Dans la même veine, dans *Meikle c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 137 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.), le juge suppléant Heald [au paragraphe 17] a conclu qu'un délai de 20 mois était déraisonnable dans des circonstances où il «a eu pour effet de priver le requérant de droits qu'il pouvait exercer».

[58] Le défendeur soutient que le retard est imputable aux ressources restreintes dont il dispose alors que le volume de demandes d'immigration ne cesse d'augmenter. Dans les décisions *Conille* et *Platonov*, le retard a été attribué à un arriéré des enquêtes en matière de sécurité et la Cour n'a pas considéré cette explication comme une justification raisonnable. Dans la décision *Kanes*, le juge Cullen a fait remarquer ce qui suit au paragraphe 26:

L'intimé a décrit l'énorme charge de travail que doit supporter le Ministère, mais cela ne peut pas justifier en l'espèce son retard dans l'étude d'une demande valable, laquelle aurait été acceptée n'eût été le retard et la modification législative.

En conséquence, il existe amplement de précédents jurisprudentiels justifiant la délivrance d'une ordonnance de *mandamus* afin d'exiger l'évaluation des demandes de visas lorsque l'excuse invoquée au soutien du retard réside dans l'énorme charge de travail des autorités de l'Immigration et que le délai peut causer un préjudice majeur au demandeur.

L'obligation et le manquement à celle-ci

[59] Le défendeur admet qu'il est légalement tenu de traiter les demandes de visas d'immigrants en l'espèce. En février 2002, le défendeur a annoncé, [TRADUCTION] «par souci de justice et d'équité», une prorogation de six mois à l'égard de l'évaluation des demandes sous le régime de l'ancien Règlement, de façon que la date limite passe du 28 juin au 31 décembre 2002. Étant

parliamentary Committee responsible for analysing the proposed Regulations, and since the parliamentary Committee recommended a further three-month extension so that the backlog of applications could be assessed under the former Regulations, the Governor in Council enacted an extension to March 31, 2003, which extension was implicitly to assess the backlog.

[60] With respect to applications filed before January 1, 2002, the Court is satisfied that the respondent has an implied duty to use his reasonable best efforts to assess such applications before March 31, 2003. The evidence before this Court is that the respondent made no such effort and treated the outstanding applications as if there was no looming deadline.

[61] The Court concludes that the respondent neglected his implied duty to use reasonable best efforts to assess the applications before March 31, 2003 for the following nine reasons:

(1) the respondent ignored the legislative purpose and intent of extending the time frame for assessing such applications, failed to adopt the reasonable advice and recommendations from the parliamentary Committee or any other procedures on how to make reasonable best efforts to assess these applications within the extended time frame, and ignored the objective of IRPA in paragraph 3(1)(f) which requires the "prompt processing" of visa applications;

(2) the principal witness testified that the respondent has made no special effort to process the backlog before March 31, 2003 in that the respondent had no objective, program, personnel or request for extra resources for this purpose;

(3) the respondent did not make a corporate commitment to process the inventory on a priority basis to clear this backlog;

(4) the visa posts with a significant inventory did not reassess their general policies regarding personal

donné que cette prorogation proposée de six mois n'était pas satisfaisante aux yeux du Comité parlementaire chargé de l'analyse du projet de Règlement et que le Comité a recommandé une autre prorogation de trois mois de façon à permettre l'évaluation de l'arriéré des demandes sous le régime de l'ancien Règlement, le gouverneur en conseil a accordé une prorogation jusqu'au 31 mars 2003, laquelle prorogation visait implicitement à permettre l'évaluation de l'arriéré des demandes.

[60] En ce qui concerne les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002, la Cour estime que le défendeur a l'obligation tacite de déployer tous les efforts voulus pour évaluer ces demandes avant le 31 mars 2003. Il appert de la preuve présentée à la Cour que le défendeur n'a déployé aucun effort en ce sens et qu'il a traité les demandes pendantes comme s'il n'y avait aucune date limite à leur égard.

[61] La Cour en arrive à la conclusion que le défendeur a négligé de se conformer à son devoir implicite de déployer tous les efforts voulus pour évaluer les demandes avant le 31 mars 2003 pour les neuf raisons qui suivent:

1) le défendeur a ignoré l'objet législatif inhérent à la prorogation du délai relatif à l'évaluation de ces demandes; il a également omis d'adopter l'avis et les recommandations raisonnables du Comité parlementaire ou de suivre d'autres procédures concernant la façon d'évaluer ces demandes à l'intérieur du délai prorogé et il a ignoré l'objectif de la LIPR qui est énoncé à l'alinéa 3(1)f), soit le «traitement rapide» des demandes de visas;

2) le principal témoin a dit au cours de son témoignage que le défendeur n'avait déployé aucun effort spécial en vue de traiter l'arriéré avant le 31 mars 2003, étant donné que le défendeur n'avait pas d'objectif, de programme ou de personnel à cette fin ni n'avait demandé de ressources supplémentaires à cet égard;

3) le défendeur n'a formulé aucun engagement ministériel visant à traiter les cas en priorité afin d'éliminer cet arriéré;

4) les bureaux des visas ayant à traiter un grand nombre de demandes n'ont pas réévalué leurs politiques

interviews so as to process more applications before March 31, 2003;

(5) the respondent did not send special teams, sometimes called SWAT teams, to visa posts with large inventories to process backlogs before March 31, 2003, notwithstanding the respondent's past practice in this regard;

(6) the respondent did not increase resources dedicated to processing these applications, notwithstanding a 125 million dollar surplus in revenue generated from cost recovery fees charged visa applicants compared with overseas visa office expenditures for the year ended March 31, 2002;

(7) the representative of the respondent misinformed the parliamentary Committee about the number of visa applications filed before January 1, 2002 which were expected not to be processed by the deadline, and the respondent did not inform Parliament of this error when it became evident. (It was on the basis of this misinformation that the Committee recommended the deadline for processing applications be extended to March 31, 2003, so that the erroneously estimated backlog could be processed by that time);

(8) some of the applicants have been waiting in excess of three years for an interview. Many of these applicants were advised by the visa office that they would be contacted within 15 months to schedule an interview. Instead, they were not contacted, and are now advised that new legislation will adversely impact their likelihood of receiving a Canadian immigrant visa; and,

(9) the respondent closed the Hong Kong visa office for three months in 2002 to train staff rather than require the staff use their best efforts to assess the backlog before March 31, 2003.

Time required to assess the 102 applications filed before January 1, 2002

[62] Since the 102 applications filed before January 1, 2002 have been paper screened, they only require an

générales en matière d'entrevues avec les demandeurs afin de traiter un plus grand nombre de demandes avant le 31 mars 2003;

5) le défendeur n'a pas envoyé d'équipes de formation et d'intervention spéciale aux bureaux des visas ayant à traiter un grand nombre de demandes afin de permettre le traitement des arriérés avant le 31 mars 2003, malgré la pratique antérieure qu'il avait suivie à cet égard;

6) le défendeur n'a pas augmenté les ressources affectées au traitement de ces demandes, malgré un surplus de recettes de 125 000 000 \$ provenant des frais exigés des demandeurs comparativement aux dépenses engagées par les bureaux des visas situés à l'étranger pour l'exercice terminé le 31 mars 2002;

7) le représentant du défendeur a mal informé le Comité parlementaire au sujet du nombre de demandes de visas qui ont été déposées avant le 1^{er} janvier 2002 et qui ne seraient vraisemblablement pas traitées avant la date limite et le défendeur n'a pas informé le Parlement de cette erreur lorsque celle-ci est devenue évidente. (C'est sur la foi de ce renseignement erroné que le Comité a recommandé que la date limite relative au traitement des demandes soit reportée au 31 mars 2003, afin qu'il soit possible de traiter l'arriéré mal évalué d'ici cette date);

8) quelques-uns des demandeurs attendent une entrevue depuis plus de trois ans. Bon nombre d'entre eux ont été avisés que le bureau des visas communiquerait avec eux dans un délai de 15 mois pour fixer une date d'entrevue. Or, ils n'ont pas été joints à cette fin et apprennent maintenant que, par suite de modifications législatives, leurs chances d'obtenir un visa d'immigrant canadien seront réduites;

9) le défendeur a fermé le bureau des visas de Hong Kong pendant trois mois en 2002 afin de former le personnel plutôt que de demander à celui-ci de faire de son mieux pour évaluer l'arriéré des demandes avant le 31 mars 2003.

Délai nécessaire à l'évaluation des 102 demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002

[62] Étant donné que les 102 demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 ont fait l'objet d'une sélection

interview before they can be assessed under the former Regulations. Since the average interview takes one hour, the respondent can assess these applications in 102 man-hours. Considering that these applications are at several different visa offices, and that the respondent has hundreds of visa officers overseas, the respondent can immediately contact, interview and assess the applicants within the next three weeks, well before March 31, 2003. It is not necessary for the purposes of subsection 361(3) of the Regulations that the medical and security checks be finalized by that date, or that a visa be granted or denied. It is only necessary that units of assessment be awarded to a foreign national in accordance with the former Regulations by that date. If it becomes apparent that the respondent cannot assess any of these applications by March 24, 2003, this Court retains jurisdiction to consider a motion from any of the parties for an alternative remedy.

Paper screening stage

[63] The parties raised a number of other issues which the Court does not need to decide in view of its findings. For example, the question whether the “immigrant assessment record summary” prepared at the time of the paper screening stage is an award of units of assessment for the purposes of subsection 361(3). This is a preliminary assessment subject to change at the interview stage. This is not a final award. Subsection 361(5) provides that if a foreign national has not been awarded the number of units of assessment required by the former Regulations before April 1, 2003, he must obtain a minimum of 70 points based on the factors set out in the new Regulations.

CONCLUSION

[64] For these reasons, the Court will grant a writ of *mandamus* in the 102 Court files set out in Schedule “A” hereto requiring the respondent and his officers, on or

administrative, il suffit que les demandeurs en question se soumettent à une entrevue avant de pouvoir être évalués sous le régime de l’ancien Règlement. La durée moyenne d’une entrevue étant d’une heure, le défendeur a besoin de 102 heures-personnes pour évaluer ces demandes. Compte tenu du fait que ces demandes sont présentées à plusieurs bureaux des visas différents et que le défendeur compte des centaines d’agents des visas à l’étranger, il est en mesure de joindre, d’interroger et d’évaluer immédiatement les demandeurs dans les trois prochaines semaines, bien avant le 31 mars 2003. Il n’est pas nécessaire, pour l’application du paragraphe 361(3) du Règlement, que les vérifications médicales et les contrôles de sécurité soient terminés avant cette date ou qu’un visa soit accordé ou refusé. Il suffit simplement que des points d’appréciation soient attribués à un ressortissant étranger conformément à l’ancien Règlement d’ici cette date. Dans l’éventualité où le défendeur ne peut manifestement pas évaluer l’une ou l’autre de ces demandes d’ici le 24 mars 2003, la Cour conserve la compétence voulue pour examiner une demande de redressement subsidiaire que l’une ou l’autre des parties présenterait.

Étape de la sélection administrative

[63] Les parties ont soulevé plusieurs autres questions qu’il n’est pas nécessaire de trancher en l’espèce, compte tenu des conclusions de la Cour. Ainsi, il n’est pas nécessaire de décider si le «résumé du dossier d’évaluation de l’immigrant» préparé lors de la sélection administrative constitue une attribution de points d’appréciation aux fins du paragraphe 361(3). Il s’agit d’une évaluation préliminaire qui pourrait être modifiée à l’étape de l’entrevue. Ce n’est pas une décision finale. Le paragraphe 361(5) énonce que, lorsqu’un ressortissant étranger n’a pas obtenu le nombre de points d’appréciation exigé par l’ancien Règlement avant le 1^{er} avril 2003, il devra obtenir un minimum de 70 points d’après les facteurs mentionnés dans le nouveau Règlement.

CONCLUSION

[64] Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour délivrera un bref de *mandamus* dans les 102 dossiers énumérés à l’annexe «A» ci-jointe afin d’enjoindre au

before March 31, 2003, to assess the 102 applicants and award units of assessment in accordance with the former Regulations. The applications for judicial review set out in Schedule B hereto with respect to applicants who filed after January 1, 2002 will be dismissed.

[65] This Court proceeding only applies to the applications which are the subject of this consolidated application. The parties have worked hard over the past five months to have these cases heard before March 31, 2003. At this point, it is too late for the Court to consider before March 31, 2003 any new applications for a writ of *mandamus* with respect to the remaining 80,000 to 120,000 visa applications filed before January 1, 2002.

[66] As indicated at the conclusion of the oral hearing, the parties may file submissions in writing regarding any question of serious general importance which ought to be certified for appeal, and regarding the award of legal costs. The Court requests such submissions within four days, and reply within two days thereafter.

défendeur et à ses agents d'évaluer les 102 demandeurs en question au plus tard le 31 mars 2003 et de leur attribuer des points d'appréciation conformément à l'ancien Règlement. Les demandes de contrôle judiciaire énoncées à l'annexe «B» ci-jointe à l'égard des demandeurs qui ont déposé leurs demandes après le 1^{er} janvier 2002 seront rejetées.

[65] La présente instance s'applique uniquement aux demandes qui ont été réunies en l'espèce. Les parties ont travaillé fort au cours des cinq derniers mois afin que ces demandes soient entendues avant le 31 mars 2003 et il est trop tard maintenant pour que la Cour examine avant cette date de nouvelles demandes de bref de *mandamus* à l'égard des quelque 80 000 à 120 000 demandes de visas qui ont été déposées avant le 1^{er} janvier 2002.

[66] Comme la Cour l'a mentionné à la fin de l'audience, les parties pourront déposer des observations écrites au sujet de toute question grave de portée générale qui devrait être certifiée aux fins de l'appel ainsi qu'au sujet des dépens à adjuger. La Cour demande ces observations dans un délai de quatre jours et la réponse connexe dans les deux jours qui suivent.

SCHEDULE A

ANNEXE A

Applications submitted prior to January 1, 2002

Demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002

1. ABEDIN, Ziaul	IMM-3193-02	10. BUTYRINA, Veronika	IMM-3027-02
2. AKHVLEDIANI, David	IMM-3151-02	11. CHEN, Baoguan	IMM-2989-02
3. ALIX, Jacinto	IMM-2959-02	12. CHEN, Emila Klaudia	IMM-3033-02
4. AL-RAWAHI, Wahida	IMM-2960-02	13. CHEN, Hua	IMM-3075-02
5. ARORA, Sunil Kumar	IMM-3037-02	14. CHEN, Kerong	IMM-2955-02
6. ASAI, Hiroshi	IMM-3140-02	15. CHEN, Qindi	IMM-2978-02
7. AZARBAEIJANI, Youksel Abak	IMM-3152-02	16. CHEN, You	IMM-3106-02
8. BEHBEHANI, Ali	IMM-3139-02	17. CHENG, Jun	IMM-3049-02
9. BHARGAV, Dave	IMM-3057-02	18. HEYDADABHAI, Mohamed	IMM-3045-02

19	DENG, Xiao Ling	IMM-2947-02	42.	LEE, Shih Wei	IMM-2943-02
20	DESAI, Malay P.	IMM-3029-02	43.	LIM, Choo Meng	IMM-3095-02
21.	FENG, Ping	IMM-2941-02	44.	LIN, Changyan	IMM-3011-02
22.	FIROUZ, Farshad Jarrahi	IMM-3171-02	45.	LIU, A Lin	IMM-2946-02
23.	GALVEZ, Gael	IMM-3034-02	46.	MA, Xiang Jun	IMM-3042-02
24.	GIZATTULIN, Rustam	IMM-3117-02	47.	MAJUMDAR, Anup	IMM-3077-02
25.	GUNAWAN, Arief B.	IMM-3039-02	48.	MANTOFANI, Maria	IMM-3064-02
26.	GUPTA, Vanita	IMM-3027-02	49.	MOMENGHALIBAF, Kia	IMM-3170-02
27.	HE, Yi Bing	IMM-3054-02	50.	MORI, Kazuhide	IMM-3191-02
28.	HENDRAWAN, W.	IMM-3035-02	51.	NARENDRA, Khamesera	IMM-3062-02
29.	HEYDARIKHABAZ, Alireza	IMM-3179-02	52.	NIKOEI, Mehdi	IMM-3121-02
30.	IIZAWA, Kaori	IMM-3177-02	53.	NOROOZI, Farhad	IMM-2968-02
31.	JAYA, Dwi	IMM-3015-02	54.	NUH, Jacob	IMM-3061-02
32.	KAMYABEE, Leah	IMM-3090-02	55.	OMIDI, Golnoush Jamal	IMM-3163-02
33.	KAYADARMA, Mardi Emmanuel	IMM-3044-02	56.	PARMAR, Shreyashk	IMM-3050-02
34.	KEIVAN, Katayoun	IMM-3167-02	57.	PATEL, Devesh Chimanlal	IMM-3073-02
35.	KHOE, Houw Kok	IMM-3076-02	58.	PATEL, Hemantkumar	IMM-3059-02
36.	KIM, Hak Soo	IMM-3190-02	59.	PATEL, Hitesh Arvin	IMM-2984-02
37.	KIM, Hwi Joo	IMM-3181-02	60.	PATEL, Hiteshkumar	IMM-3063-02
38.	KIM, Jung Hwan	IMM-3154-02	61.	PATEL, Kanubhai	IMM-2983-02
39.	KO, Hui Lin	IMM-2944-02	62.	PATEL, Kinjalkumar	IMM-2985-02
40.	KUBOTA, Yuko	IMM-3188-02	63.	PATEL, Manish P.	IMM-3030-02
41.	KURATA, Maki	IMM-3189-02	64.	PATEL, Rajendrakumrar K.	IMM-3074-02

65. PATEL, Shital	IMM-3069-02	84. SURJANTO, Lemuel	IMM-3072-02
66. PATEL, Vikas	IMM-2986-02	85. TAHMASBI, Reza	IMM-3087-02
67. PEGETA, Yaroslava	IMM-3120-02	86. TANDEL, P.	IMM-3067-02
68. PRANJOTO, Sharon	IMM-3016-02	87. TANG, Chun-Tat	IMM-2963-02
69. PROTSYK, Ivan	IMM-2979-02	88. TASAKI, Jitsuya	IMM-3184-02
70. PYRCZ, Roman	IMM-3183-02	89. VAHABI, Ali Pour	IMM-3169-02
71. SADOUGHI, Maryam	IMM-3174-02	90. WAN, Lihua	IMM-3022-02
72. SHAFIEIAZAD, Foroughazam	IMM-3158-02	91. WANG, Jianping	IMM-3021-02
73. SHAH, Tejas	IMM-3066-02	92. WANG, Jinbo	IMM-3083-02
74. SHAMASEBLOO, Shaghayegh	IMM-3161-02	93. WANG, Tao	IMM-2940-02
75. SHEGNAGAEV, Valeri	IMM-3111-02	94. WANG, Wenquan	IMM-3080-02
76. SHIROMA, Ryo	IMM-3180-02	95. WANG, Yi	IMM-3053-02
77. SIMANJENKOV, Vassili	IMM-3079-02	96. WEI, Yun Yi	IMM-3068-02
78. SINOJIA, Nitinkumar	IMM-3040-02	97. YANG, Lu Ning	IMM-3185-02
79. SITCHOUK, Petro	IMM-3098-02	98. ZARE, Hamid Reza	IMM-3157-02
80. SONG, Dequang	IMM-3014-02	99. ZARYAN, Flora	IMM-3159-02
81. SONG, Yun	IMM-3056-02	100. ZHANG, Dan Mu	IMM-3186-02
82. SOUCHKOVA, Larissa	IMM-2974-02	101. ZHANG, Jianbo	IMM-3046-02
83. SURI, Manav	IMM-3060-02	102. ZHAO, Jianzhong	IMM-3018-02

SCHEDULE B

Applications submitted after January 1, 2002, but
prior to June 28, 2002

1. CHARMCHI, Fahimeh	IMM-3173-02
2. CHEN, Xueya	IMM-3078-02

ANNEXE B

Demandes déposées après le 1^{er} janvier 2002, mais
avant le 28 juin 2002

3. DE SILVA, Henda Hewa Prema Ravindra	IMM-3089-02
4. DRAGAN, Laurentiu	IMM-3020-02

5. EYIBAS, Ersin	IMM-3155-02	14. NAHIN, Siarhei	IMM-3164-02
6. IMANI, Mohammad	IMM-3160-02	15. PANG, Bo	IMM-2966-02
7. JASPER, Steve	IMM-3108-02	16. PETRASHKO, Ihor	IMM-3116-02
8. KAMEL, Fahmy Elia	IMM-3118-02	17. SEYF, Amirmohammad	IMM-3172-02
9. KARPOV, Alexandr	IMM-3110-02	18. SEYF, Maryam	IMM-3165-02
10. LIMA, Isabela	IMM-3156-02	19. SHAHRASBI, Mersedeh	IMM-3103-02
11. LIN, Meiyu	IMM-3097-02	20. SURUDZHIYSKA, Krasimira Stefanova	IMM-3104-02
12. LIRAVI, Fazlollah Amir	IMM-3168-02	21. TAVAHODI, Mana	IMM-3084-02
13. MOVAGHAR, Saeid Khosravi	IMM-3166-02	22. ZAND, Ghasem	IMM-3162-02

IMM-4060-02
2003 FCT 634

IMM-4060-02
2003 CFPI 634

Olga Medovarski (Applicant)

Olga Medovarski (demanderesse)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)**

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

**INDEXED AS: MEDOVARSKI v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: MEDOVARSKI c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Snider J.—Toronto, April 29; Ottawa,
May 20, 2003.

Section de première instance, juge Snider—Toronto, 29
avril; Ottawa, 20 mai 2003.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of IAD decision discontinuing deportation appeal for want of jurisdiction — Citizen of Yugoslavia, permanent resident of Canada — Sentenced to two years upon conviction of causing death by criminal negligence in operation of motor vehicle — Deportation ordered — Appealed to IAD — MCI sending IAD notice of discontinuance under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 196 — IAD discontinuing applicant's appeal — Issue one of statutory interpretation — Relevant statutory provisions set forth, explained — IRPA came into force June 28, 2002, containing transitional provisions — S. 192 provides for continuation of appeals — S. 196 providing exception where stay not granted under former Act, appeal impossible due to IRPA, s. 64 — Under s. 64, no appeal to IAD if inadmissible for serious criminality — Whether "stay" in s. 196 including stay arising automatically under s. 49(1)(b) of former Act — Ordinary meaning of s. 196 favouring applicant's position — MCI arguing means only stay conferred under s. 73 of former Act — Former Act inconsistent as to how stays arose — French version of s. 196 considered — Works by Sullivan and Driedger, Côté considered — General context of legislation — Purposive approach to statutory interpretation — Every enactment deemed remedial — Objective of IRPA: protect Canadians' safety by denying criminals access to Canadian territory — "Serious criminality" defined in IRPA, s. 36(1) — Three factors requiring consideration: (1) provision is transitional; (2) parties' behaviour before IRPA in force; (3) applicant having "vested" rights — Those caught in legislative change should be treated fairly — Where appeal right abrogated, interpretation should minimize negative impact — Minister's position herein inconsistent with behaviour before IRPA in force, lack of concern on part of immigration bar to have appeals set down — Even if applicant not having "vested" right, fairness requiring she have "day in Court" — Though interpretation in applicant's favour meaning s. 196 will apply only in few cases, provision not entirely devoid of meaning —

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de mettre fin à l'appel concernant une mesure d'expulsion pour cause d'absence de compétence — Citoyenne de Yougoslavie ayant le statut de résidente permanente au Canada — Condamnée à deux ans de prison après avoir été reconnue coupable de négligence criminelle causant la mort au volant d'un véhicule automobile — Expulsion ordonnée — Appel déposé à la Section d'appel de l'immigration — Le MCI a fait parvenir à la Section d'appel un avis de désistement en vertu de l'art. 196 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — La Section d'appel a mis fin à l'appel de la demanderesse — Question d'interprétation législative — Dispositions statutaires pertinentes énoncées et expliquées — LIPR entrée en vigueur le 28 juin 2002, avec des dispositions transitoires — L'art. 192 prévoit la continuation des appels — L'art. 196 prévoit une exception: lorsqu'un sursis n'a pas été accordé en vertu de l'ancienne loi, il est impossible de se pourvoir en appel du fait de l'art. 64 de la LIPR — En vertu de l'art. 64, aucun appel ne peut être fait à la Section d'appel si la personne n'est pas admissible pour cause de grande criminalité — Le mot «sursis» utilisé à l'art. 196 englobe-t-il un sursis accordé automatiquement en vertu de l'art. 49(1)(b) de l'ancienne loi — Le sens ordinaire de l'art. 196 favorise la position de la demanderesse — Le MCI prétend que ce mot signifie seulement le sursis accordé en vertu de l'art. 73 de l'ancienne loi — Manque de cohérence de l'ancienne loi sur la façon d'accorder les sursis — Version française de l'art. 196 examinée — Ouvrages de Sullivan et Driedger et de Côté examinés — Contexte général de la loi — Démarche téléologique utilisée pour l'interprétation législative — Tout texte adopté est réputé apporter une solution de droit — Objectif de la LIPR: garantir la sécurité des Canadiens en interdisant le territoire canadien aux criminels — Expression «grande criminalité» définie à l'art. 36(1) de la LIPR — Trois facteurs à examiner: 1) la disposition est transitoire; 2) le comportement des parties avant l'entrée en vigueur de la

All elements of statutory construction must be balanced — Unnecessary to consider whether Charter s. 7 engaged — IAD erred, application allowed, question certified.

Construction of Statutes — Immigration Law — Immigration Act replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) — Whether right to appeal deportation order extinguished in case of permanent resident convicted of serious criminal offence — Judicial review application turning on statutory construction question — Whether “stay” in IRPA, s. 196 including automatic stay under old Act — Transitional provisions — Plain, ordinary meaning of s. 196 — Minister arguing “grant” meaning only stays conferred, not including automatic stays — French version of s. 196 considered — Works by Sullivan and Driedger, Côté considered — General context of legislation, Interpretation Act provision that every enactment deemed remedial, referred to — Purpose of s. 196 to prevent criminals from appealing deportation — Other considerations: provision is transitional; parties’ conduct; applicant’s “vested” rights — Those caught in legislative transition to be treated fairly — Where appeal right abrogated, transitional provisions interpreted to minimize negative impact — If Parliament intending to remove right of appeal, had to use clearest of terms — Even if applicant’s rights not “vested”, fairness requiring she have “day in Court” — If statute capable of two readings, one according with natural justice to be chosen — Even though interpretation of s. 196 in applicant’s favour meaning section applicable in few cases, other statutory construction principles to be balanced.

This was an application for the judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board discontinuing applicant’s appeal against a deportation order for want of jurisdiction.

LIPR; 3) la demanderesse a des droits «acquis» — Les personnes touchées par le changement législatif doivent être traitées équitablement — Lorsqu’un droit d’appel est enlevé, l’interprétation devrait minimiser l’effet négatif — Position du ministre en l’espèce non compatible avec son comportement avant l’entrée en vigueur de la LIPR, et manque d’intérêt des avocats spécialisés en immigration pour faire inscrire les appels au rôle — Même si la demanderesse n’a pas de droit «acquis», l’équité exige qu’elle soit entendue par la Cour — Bien que l’interprétation favorable à la demanderesse signifie que l’art. 196 ne sera appliqué que dans certains cas, la disposition n’est pas entièrement privée de sens — Tous les éléments de l’interprétation législative doivent être pondérés — Il n’est pas nécessaire d’examiner si l’art. 7 de la Charte entre en jeu — La Section d’appel a commis une erreur, la demande est accueillie et une question est certifiée.

Interprétation législative — Droit en matière d’immigration — Loi sur l’immigration remplacée par la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le droit d’appel contre une mesure d’expulsion est-il supprimé dans le cas d’une résidente permanente qui a été reconnue coupable d’un crime grave? — La demande de contrôle judiciaire s’articule sur une question d’interprétation législative — Le mot «sursis» utilisé à l’art. 196 de la LIPR englobe-t-il un sursis accordé automatiquement en vertu de l’ancienne loi? — Dispositions transitoires — Sens ordinaire de l’art. 196 — Le ministre prétend que le verbe «grant» vise seulement les sursis accordés spécifiquement, et non pas ceux accordés automatiquement — Version française de l’art. 196 examinée — Ouvrages de Sullivan et Driedger et de Côté examinés — Contexte général de la loi, l’article de la Loi d’interprétation selon laquelle tout texte est censé apporter une solution de droit examiné — L’objectif de l’art. 196 est d’empêcher les criminels de porter une mesure d’expulsion en appel — Autres considérations pertinentes: la disposition est transitoire; la conduite des parties; les droits «acquis» de la demanderesse — Les personnes visées par un changement législatif doivent être traitées équitablement — Lorsqu’un droit d’appel est enlevé, les dispositions transitoires sont interprétées pour minimiser l’effet négatif — Si le législateur avait l’intention de supprimer le droit d’appel, il devait le faire le plus clairement possible — Même si les droits de la demanderesse ne sont pas «acquis», l’équité exige qu’elle ait l’occasion de se faire entendre par la Cour — Si la loi peut être interprétée de deux façons, il faut choisir l’interprétation compatible avec les principes de justice naturelle — Même si l’interprétation de l’art. 196 favorisant la demanderesse signifie que l’article ne sera applicable que dans quelques cas, d’autres principes d’interprétation législative doivent être pondérés.

Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Section d’appel) par laquelle celle-ci a mis fin à l’appel de la demanderesse contre une mesure d’expulsion pour cause d’absence de compétence.

The applicant, a citizen of Yugoslavia, had been granted permanent residence upon coming to Canada in 1997. But, in 2001, she was sentenced to two years' imprisonment for causing death by criminal negligence. She had been operating a motor vehicle when intoxicated and was involved in a fatal car crash. Her deportation was ordered but applicant appealed to the IAD. When the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) came into force, counsel for the Minister sent the IAD Registrar a notice requesting that her appeal be discontinued under IRPA, section 196. Section 196 provides that an appeal made to the IAD before the coming into force of section 196 shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay under the former Act and the appeal could not have been made because of section 64. The IAD in turn notified applicant that her appeal would be discontinued.

Two issues were identified: (1) whether section 196 of the IRPA extinguished applicant's appeal rights under section 192; and (2) whether the facts of this case engaged Charter, section 7 and, if they did, whether fundamental justice principles had been breached?

The first issue presented a problem of statutory interpretation: did the word "stay" in section 196 of the IRPA contemplate a stay that came into effect under the *Immigration Act* due to the operation of paragraph 49(1)(b)? Applicant's deportation was ordered under subsection 32(2) of the former Act but, under section 70 of that statute, she was entitled to appeal the removal order. When she commenced her appeal, execution of the removal order was stayed under paragraph 49(1)(b). The IRPA, which came into force on June 28, 2002, contained transitional provisions which included section 192. It made provision for the continuance of appeals filed before the new legislation came into force. But, an exception to that was provided by section 196 in the case of those who, due to a criminal conviction, are disentitled to appeal by IRPA, section 64. The applicant conceded that she fell within section 64.

Held, the application should be allowed.

The plain and ordinary meaning of section 196 accords with the interpretation urged by applicant: that the automatic stay of removal pending appeal under paragraph 49(1)(b) of the former Act renders IRPA, section 196 inapplicable. The Minister's argument was that "grant" in section 196 should be read as applying only to stays in some way conferred on the

La demanderesse est citoyenne de la république yougoslave et a obtenu le statut de résidente permanente à son arrivée au Canada en 1997. Mais, en 2001, elle a été condamnée à deux ans de prison pour négligence criminelle causant la mort. Elle conduisait un véhicule automobile sous l'influence de l'alcool et elle a eu un accident qui a entraîné la mort d'une personne. Une mesure d'expulsion a été prise contre elle, mais elle en a appelé devant la Section d'appel. Quand la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) est entrée en vigueur, l'avocat du ministre a fait parvenir un avis de désistement au registraire de la Section d'appel demandant de mettre fin à l'appel concernant la demanderesse en vertu de l'article 196 de la LIPR. L'article 196 stipule qu'il doit être mis fin à un appel présenté devant la Section d'appel avant l'entrée en vigueur de l'article 196 si l'intéressé est, alors qu'il ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi, visé par la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64. À son tour, la Section d'appel a informé la demanderesse qu'il serait mis fin à son appel.

Deux questions sont formulées: 1) l'article 196 de la LIPR a-t-il eu pour effet d'éteindre les droits d'appel de la demanderesse fondés sur l'article 192; et 2) l'article 7 de la Charte trouve-t-il application d'après les faits de l'espèce et, dans l'affirmative, y a-t-il eu manquement aux principes de justice fondamentale?

La première question pose un problème d'interprétation législative: le mot «sursis» utilisé à l'article 196 de la LIPR englobe-t-il un sursis qui aurait été accordé en vertu de la *Loi sur l'immigration*, du fait de l'application de l'alinéa 49(1)(b)? L'expulsion de la demanderesse a été ordonnée aux termes du paragraphe 32(2) de l'ancienne loi, mais en vertu de l'article 70 de cette loi, la demanderesse avait le droit d'en appeler de la mesure de renvoi. Une fois l'appel intenté, la demanderesse a obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi aux termes de l'alinéa 49(1)(b) de l'ancienne loi. La LIPR, qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002 renferme des dispositions transitoires, dont l'article 192. Cet article prévoit la continuation des appels déposés à la Section d'appel avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Mais une exception à ce droit a été prévue par l'article 196 dans le cas des personnes qui, en raison d'une condamnation au criminel, n'ont pas de droit d'appel aux termes de l'article 64 de la LIPR. La demanderesse reconnaît qu'elle est visée par l'article 64.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Le sens ordinaire de l'article 196 s'accorde avec la position adoptée par la demanderesse selon laquelle le sursis accordé automatiquement à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant le règlement d'un appel et fondé sur le paragraphe 49(1)(b) de l'ancienne loi rend l'article 196 de la LIPR inapplicable. Le ministre soutient que le verbe anglais «grant»

recipient, in his case by section 73 of the former Act, and as not including stays arising by operation of law under paragraph 49(1)(b). The Minister pointed to a dictionary definition of “grant” as an active verb: “to bestow or confer”. That argument could not prevail, given the inconsistency within the former Act as to how stays arose. The better view was to look at the effect of the words rather than at the accompanying verb. That view of “stay” was consistent also with the French version of section 196, which does not suggest any bestowal or conferral. In *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* it is said that where the two versions of a statute do not say exactly the same thing, the shared common meaning is to be adopted. The Minister, on the other hand, relied upon the work on legislative interpretation by Côté, whose view is that, if the two versions seem contradictory, “reconciliation must be attempted”, in one of three ways including, if one version has a broader meaning than the other, the shared meaning would be the narrower. The problem with this was that the Court was unable to accept the Minister’s starting point: that use of the active verb “grant” in the English version imparts a narrower meaning.

Still, the general context of the legislation had to be kept in mind as well as *Interpretation Act*, section 12 which provides that every “enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”. An important objective of the IRPA is to maintain the security of Canadian society by denying access to Canada to those who are criminals or pose security risks. Under subsection 36(1), “serious criminality” is a ground of inadmissibility. The Minister argued that the purpose of section 196 is to ensure that criminals who were appealing deportation under the old legislation are treated the same as those who are serious criminals under the IRPA. But, while it is entirely clear that the IRPA seeks to deny criminals access to Canadian territory, there were three important considerations that could not be ignored: (1) the provision is transitional; (2) the parties’ behaviour, until the IRPA came into force, was inconsistent with the Minister’s interpretation; and (3) applicant had “vested” rights.

Those caught up in a legislative transition constitute a unique group to which the general objectives of both the old and new laws will apply. Parliament inserts transitional

utilisé à l’article 196 devrait être lu de façon à ne s’appliquer qu’aux sursis qui ont été conférés au bénéficiaire, en l’espèce, il s’agirait d’un sursis ordonné aux termes de l’article 73 de l’ancienne loi, et non pas des sursis qui découlent de l’opération de la loi aux termes de l’alinéa 49(1)b). Le ministre fait référence au fait que le dictionnaire définit le verbe «grant» comme un verbe actif, savoir «to bestow or confer» (conférer ou attribuer). Cet argument ne peut être maintenu, compte tenu du manque de cohérence dans l’ancienne loi sur la façon dont les sursis étaient accordés. La meilleure interprétation à donner au terme sursis est de considérer l’effet des mots utilisés plutôt que le verbe qui l’accompagne. Cette interprétation du mot «sursis» est également conforme à la version française de l’article 196 où il n’est pas question d’un sursis qui aurait été conféré. D’après l’ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, lorsque les deux versions d’une loi ne disent pas la même chose, le sens qui est commun aux deux versions doit être retenu. Par ailleurs, le ministre s’appuie sur l’ouvrage de Côté sur l’interprétation des lois qui soutient que lorsque les deux versions semblent contradictoires, «il faut tenter de les concilier» en utilisant une des trois façons qu’il énumère, notamment si l’une des versions a un sens plus large que l’autre, alors le sens commun aux deux versions sera le sens le plus étroit des deux. Cependant, la Cour s’est dit incapable d’accepter le point de départ du ministre, c’est-à-dire que l’utilisation du verbe actif «grant» dans la version anglaise entraîne un sens plus étroit.

Pourtant, le contexte général de la loi doit être pris en compte de même que l’article 12 de la *Loi d’interprétation* qui stipule que «tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». L’un des objectifs importants de la LIPR est de garantir la sécurité des Canadiens en interdisant le territoire canadien aux personnes qui sont des criminels ou qui constituent un danger pour la sécurité. En vertu du paragraphe 36(1), l’expression «grande criminalité» est un motif de non-admissibilité. Selon la prétention du ministre, l’article 196 a pour objectif de veiller à ce que les personnes considérées comme de grands criminels et qui avaient entamé une procédure d’appel contre leur expulsion en vertu de l’ancienne loi soient traitées de la même façon que celles considérées comme de grands criminels en vertu de la LIPR. Bien qu’il ne puisse être plus clair que la LIPR a pour objectif d’interdire le territoire aux personnes qui sont des criminels, il y a trois facteurs importants qui ne peuvent être ignorés: 1) la disposition est transitoire; 2) le comportement des parties, avant l’entrée en vigueur de la LIPR, n’est pas compatible avec l’interprétation du défendeur; et 3) la demanderesse avait des droits «acquis».

Les personnes touchées par le passage d’un cadre législatif à un autre constituent un groupe unique auquel les objectifs généraux de la nouvelle loi comme ceux de l’ancienne loi

provisions in new legislation in order that those caught by legislative change will be treated as fairly as possible. If a previously held right is affected, upon the transitional provisions should be interpreted such that those affected are treated fairly. Where, as here, a right of appeal is being abrogated, the transitional provisions are to be interpreted such as to minimize the negative impact on the individual affected. The Minister's interpretation goes against the objective of fairness. If the intent of Parliament was to remove the right of appeal to the IAD, it would have had to do so in the clearest of terms.

Had both sides understood that section 196 of the IRPA was to be interpreted as the Minister now proposes, surely the immigration bar would have pressed for an early setting down for hearing of outstanding appeals and the Minister would have made an effort to have such appeals heard before the new legislation came into force.

While it may be correct to say that applicant has not a "vested" right, having been led by the Minister's conduct to believe that she was to have her "day in Court", fairness required that the process go forward. If a statute is capable of being read in two ways, one in accordance with natural justice principles and the other not, a court should always choose the former.

The Minister submitted that if section 196 is interpreted in this applicant's favour, that section would in no case be applicable. That would be contrary to the statutory interpretation principle that a provision must not be interpreted such as to render it "mere surplusage" or redundant. It is true that under an interpretation in applicant's favour, few cases would meet the section 196 requirements for discontinuation of an appeal from a removal order. The provision would not be entirely devoid of meaning but, even if rendered essentially "surplusage", it was necessary to weigh in the balance all of the elements of statutory interpretation. That balancing exercise militated strongly in favour of an interpretation that would allow applicant's appeal to be heard by the IAD.

Given this Court's decision that the IAD erred in its conclusion that applicant's appeal rights had been extinguished by section 196, there was no necessity for addressing the Charter issue.

The following question should be certified as one of general importance: "Does the word 'stay' in section 196 of

s'appliqueront. Le législateur insère des dispositions transitoires dans les nouvelles lois afin de s'assurer que les personnes touchées par le changement législatif sont traitées le plus équitablement possible. Lorsqu'un droit qui existait auparavant est touché, la disposition transitoire doit être interprétée d'une façon telle que les personnes visées sont traitées équitablement. Lorsque, comme en l'espèce, un droit d'appel est enlevé, les dispositions transitoires doivent être interprétées d'une façon qui en minimise l'effet négatif sur l'intéressé. L'interprétation du ministre va à l'encontre de cet objectif d'équité. Si le législateur avait l'intention de supprimer le droit d'appel à la Section d'appel, il aurait dû le faire le plus clairement possible.

Si les deux parties avaient compris que l'article 196 de la LIPR devait être interprété comme le propose maintenant le ministre, il est bien certain que les avocats spécialisés en immigration auraient insisté pour que les appels déjà engagés soient inscrits au rôle et le ministre aurait déployé tous les efforts pour que ces appels soient entendus avant que la nouvelle loi entre en vigueur.

Bien qu'il soit exact de dire que la demanderesse n'a pas de droit «acquis», comme elle a été menée à croire par le ministre qu'elle pourrait se faire entendre par la Cour, l'équité exige que la procédure continue. Si une loi peut s'interpréter de deux façons possibles, l'une qui est conforme aux principes de la justice naturelle et l'autre qui ne l'est pas, la Cour devrait toujours choisir la première interprétation.

Le ministre fait valoir que si l'article 196 est interprété en faveur de la demanderesse, cela aurait pour effet de le rendre inapplicable dans tous les cas. Cela serait contraire au principe d'interprétation législative selon lequel une disposition ne doit pas être interprétée de façon à en faire une disposition «simplement superflue» ou redondante. Il est vrai qu'en vertu d'une interprétation favorable à la demanderesse, il y aurait peu de situations qui pourraient satisfaire aux conditions de l'article 196 pour le désistement d'un appel concernant une mesure de renvoi. La disposition ne serait pas tout à fait privée de sens, mais, même si elle devenait essentiellement «superflue», la situation exige une pondération de tous les éléments de l'interprétation législative. La pondération de ces éléments milite fortement en faveur d'une interprétation qui permet à la demanderesse de faire entendre son appel par la Section d'appel.

Compte tenu de la décision de la Cour selon laquelle la Section d'appel a commis une erreur en concluant que l'article 196 avait pour effet d'éteindre les droits d'appel de la demanderesse, il n'est pas nécessaire de traiter de la question concernant la Charte.

La question suivante devrait être certifiée comme étant une question grave de portée générale: «Le mot «sursis» utilisé à

the IRPA contemplate a stay that came into effect under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as a result of the operation of paragraph 49(1)(b)?"

l'article 196 de la LIPR envisage-t-il un sursis qui a été accordé en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, par suite de l'application de l'alinéa 49(1)b)?»

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 18(1).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 23(1.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 13), 32(2) (as am. *idem*, s. 21), 49(1) (as am. *idem*, s. 41), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13, 73 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 36(1), 64, 192, 196, 197.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED:

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada v. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333; (1993), 93 DTC 5486 (F.C.T.D.); aff'd (1996), 96 DTC 6570; 200 N.R. 156 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

REFERRED TO:

Manning Timber Products Ltd. v. Minister of National Revenue, [1952] 2 S.C.R. 481; [1952] 3 D.L.R. 848; [1952] CTC 206; (1952), 52 DTC 1148; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; (1992), 131 A.R. 1; 5 Alta. L.R. (3d) 1; 76 C.C.C. (3d) 97; 16 C.R. (4th) 133; 140 N.R. 327; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; (1999), 171 D.L.R. (4th) 385; 121 B.C.A.C. 161; 133 C.C.C. (3d) 385; [1999] 2 C.N.L.R. 252; 23 C.R. (5th) 197; *R. v. Proulx*,

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, 18(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 36(1), 64, 192, 196, 197.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 23(1.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 13), 32(2) (mod., *idem*, art. 21), 49(1) (mod., *idem*, art. 41), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.)), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13, 73 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.)), ch. 28, art. 18).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada c. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333; (1993), 93 DTC 5382 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1996), 96 DTC 6570; 200 N.R. 156 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Manning Timber Products Ltd. v. Minister of National Revenue, [1952] 2 S.C.R. 481; [1952] 3 D.L.R. 848; [1952] CTC 206; (1952), 52 DTC 1148; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; (1992), 131 A.R. 1; 5 Alta. L.R. (3d) 1; 76 C.C.C. (3d) 97; 16 C.R. (4th) 133; 140 N.R. 327; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; (1999), 171 D.L.R. (4th) 385; 121 B.C.A.C. 161; 133 C.C.C. (3d) 385; [1999] 2 C.N.L.R. 252; 23 C.R. (5th) 197; *R. c. Proulx*,

[2001] 1 S.C.R. 61; 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; *Winters v. Legal Services Society*, [1999] 3 S.C.R. 160; (1999), 177 D.L.R. (4th) 94; [1999] 9 W.W.R. 327; 128 B.C.A.C. 161; 73 B.C.L.R. (3d) 193; 137 C.C.C. (3d) 371; 27 C.R. (5th) 1; 66 C.R.R. (2d) 241; 244 N.R. 203; *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.
Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATION for the judicial review of an Immigration Appeal Division decision to discontinue, for want of jurisdiction an appeal against a deportation order. Application granted and question certified.

APPEARANCES:

Lorne Waldman for applicant.
Catherine C. Vasilaros for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

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

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

[1] SNIDER J.: This is an application for judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the IAD), dated August 12, 2002, wherein the IAD discontinued Olga Medovarski's (the applicant) appeal for lack of jurisdiction.

[2001] 1 R.C.S. 61; 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; *Winters c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160; (1999), 177 D.L.R. (4th) 94; [1999] 9 W.W.R. 327; 128 B.C.A.C. 161; 73 B.C.L.R. (3d) 193; 137 C.C.C. (3d) 371; 27 C.R. (5th) 1; 66 C.R.R. (2d) 241; 244 N.R. 203; *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.
Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de mettre fin à un appel déposé contre une mesure d'expulsion pour cause d'absence de compétence. La demande est accueillie et une question est certifiée.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman pour la demanderesse.
Catherine C. Vasilaros pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Waldman & Associates, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE SNIDER: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Section d'appel), en date du 12 août 2002 par laquelle la Section d'appel a mis fin à l'appel d'Olga Medovarski (la demanderesse) pour cause d'absence de compétence.

Background

[2] The applicant is a citizen of the Republic of Yugoslavia. She was granted permanent residence upon her arrival in Canada on January 19, 1997. On November 6, 1999, the applicant was operating a motor vehicle while intoxicated and was involved in a car accident, which resulted in the death of one person. The applicant was charged with criminal negligence causing death and was sentenced to two years' imprisonment on June 25, 2001.

[3] On November 21, 2001, the applicant was ordered deported because of her criminal conviction. The applicant appealed this deportation to the IAD. She received a notice to appear from the IAD, dated April 24, 2002, stating that her appeal would be heard on September 26, 2002. On June 28, 2002, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) and its accompanying regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] came into force. On July 23, 2002, M. Heyes, counsel for the Minister of Citizenship and Immigration, sent a notice of discontinuance to the Registrar of the IAD, requesting that the applicant's appeal be discontinued under section 196 of the IRPA.

[4] By letter dated August 12, 2002, the IAD advised the applicant that her appeal would be discontinued pursuant to sections 196 and 64 of the IRPA.

Issues

[5] The issues can be stated as follows:

1. Did the IAD err in law in concluding that section 196 of the IRPA had the effect of extinguishing the applicant's appeal rights under section 192 of the IRPA? This is essentially an issue of statutory interpretation; specifically, whether the word "stay" in section 196 of the IRPA contemplates a stay that came into effect under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act) as a result of the operation of paragraph 49(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41]?

Contexte

[2] La demanderesse est citoyenne de la république yougoslave. Elle a obtenu le statut de résidente permanente à son arrivée au Canada, le 19 janvier 1997. Le 6 novembre 1999, la demanderesse conduisait un véhicule automobile sous l'influence de l'alcool et elle a eu un accident qui a entraîné la mort d'une personne. Elle a été accusée de négligence criminelle causant la mort et a été condamnée à deux ans de prison le 25 juin 2001.

[3] Le 21 novembre 2001, une mesure d'expulsion a été prise contre la demanderesse en raison de son casier judiciaire. Elle en a appelé de cette mesure d'expulsion devant la section d'appel. Elle a reçu un avis de convocation de la section d'appel, en date du 24 avril 2002, indiquant que son appel serait entendu le 26 septembre 2002. Le 28 juin 2002, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et ses règlements connexes [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] sont entrés en vigueur. Le 23 juillet 2002, M. Heyes, l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, a fait parvenir un avis de désistement au registraire de la Section d'appel, demandant de mettre fin à l'appel concernant la demanderesse en vertu de l'article 196 de la LIPR.

[4] Dans une lettre datée du 12 août 2002, la Section d'appel a informé la demanderesse qu'il serait mis fin à son appel aux termes des articles 196 et 64 de la LIPR.

Les questions en litige

[5] On peut formuler les questions en litige de la façon suivante:

1. La Section d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'article 196 de la LIPR a eu pour effet d'éteindre les droits d'appel de la demanderesse fondés sur l'article 192 de la LIPR? Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation législative; plus précisément, de savoir si le mot «sursis» utilisé à l'article 196 de la LIPR englobe le mot sursis qui aurait été accordé en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi) du fait de l'application de l'alinéa 49(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41]?

2. Is 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]] (the Charter) engaged on the facts of this case and, if so, did the dismissal of the applicant's appeal result in a breach of the principles of fundamental justice?

Relevant Statutory Provisions

[6] Since the first issue of this review is fundamentally one of statutory interpretation, it is useful to set out the relevant provisions in the context of the facts of this case.

[7] The applicant was ordered deported pursuant to subsection 32(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21] of the former Act. That provision is as follows:

32. . . .

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), the adjudicator shall, subject to subsections (2.1) and 32.1(2), make a deportation order against that person.

[8] Under section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the former Act, the applicant was entitled to an appeal of the removal order. By notice of appeal dated November 21, 2001, she exercised her right to that appeal. The applicable paragraph of that section is as follows:

70. (1) Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

...

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

[9] Once the applicant had commenced this appeal, the exclusion of her removal order was stayed pursuant to

2. 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 Charte) trouve-t-il application d'après les faits de l'espèce et, dans l'affirmative, l'abandon de l'appel de la demanderesse constitue-t-il un manquement aux principes de justice fondamentale?

Les dispositions législatives pertinentes

[6] Étant donné que la première question que soulève ce contrôle judiciaire est essentiellement une question d'interprétation législative, il est utile de reproduire les dispositions pertinentes dans le contexte des faits de l'espèce.

[7] Une mesure d'expulsion a été prise aux termes du paragraphe 32(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21] de l'ancienne Loi. Ce paragraphe est rédigé dans les termes suivants:

32. [. . .]

(2) S'il conclut que l'intéressé est un résident permanent se trouvant dans l'une des situations visées au paragraphe 27(1), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (2.1) et 32.1(2), prend une mesure d'expulsion contre lui.

[8] En vertu de l'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de l'ancienne Loi, la demanderesse avait le droit d'appeler de la mesure de renvoi. Dans un avis d'appel daté du 21 novembre 2001, elle a exercé ce droit. Le paragraphe applicable est le suivant:

70. (1) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants:

[. . .]

(b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

[9] Une fois l'appel intenté, la demanderesse a obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi aux termes

paragraph 49(b) of the former Act as follows:

49. (1) Subject to subsection (1.1), the execution of a removal order made against a person is stayed

[. . .]

(b) in any case where an appeal from the order has been filed with the Appeal Division, until the appeal has been heard and disposed of or has been declared by the Appeal Division to be abandoned;

[10] Had the applicant's appeal to the IAD proceeded, the IAD could have taken one of three courses of action under the former Act, one of which would have resulted in a stay of the removal order. Specifically, subsection 73(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the former Act provides that the IAD may dispose of an appeal by directing that the execution of the removal order be stayed:

73. (1) The Appeal Division may dispose of an appeal made pursuant to section 70

(a) by allowing it;

(b) by dismissing it;

(c) in the case of an appeal made pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b) respecting a removal order, by directing that execution of the order be stayed; or

(d) in the case of an appeal made pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b) respecting a conditional removal order, by directing that execution of the order on its becoming effective be stayed.

[11] On June 28, 2002, the IRPA came into effect. This Act contains a number of transitional provisions. One such provision is section 192, which provides for the continuance of appeals filed with the IAD prior to the coming into force of the IRPA:

192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.

de l'alinéa 49(1)b) de l'ancienne Loi qui stipule ce qui suit:

49. (1) Sauf dans les cas mentionnés au paragraphe (1.1), il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi:

[. . .]

b) en cas d'appel, jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel;

[10] Si l'appel de la demanderesse devant la section d'appel s'était poursuivi, la section d'appel aurait pu suivre l'une des trois démarches prévues sous l'ancienne Loi, dont l'une aurait entraîné un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Plus précisément, le paragraphe 73(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de l'ancienne Loi stipule que la section d'appel peut statuer sur un appel en ordonnant de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi:

73. (1) Ayant à statuer sur un appel interjeté dans le cadre de l'article 70, la section d'appel peut:

a) soit y faire droit;

b) soit le rejeter;

c) soit, s'il s'agit d'un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b) et relatif à une mesure de renvoi, ordonner de surseoir à l'exécution de celle-ci;

d) soit, s'il s'agit d'un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b) et relatif à une mesure de renvoi conditionnel, ordonner de surseoir à l'exécution de celle-ci au moment où elle deviendra exécutoire.

[11] Le 28 juin 2002, la LIPR est entrée en vigueur. Cette nouvelle loi renferme un certain nombre de dispositions transitoires. L'une d'elles est l'article 192, qui prévoit la continuation des appels déposés à la Section d'appel de l'immigration avant l'entrée en vigueur de la LIPR:

192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne Loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.

[12] Section 196 of the IRPA provides an exception to section 192 and is at issue in this case:

196. Despite section 192, an appeal made to the Immigration Appeal Division before the coming into force of this section shall be discontinued if the appellant has not been granted a stay under the former Act and the appeal could not have been made because of section 64 of this Act.

[13] The applicant concedes that she falls within section 64 of the IRPA and would not be entitled to an appeal under that section because of her criminal conviction:

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

[14] The respondent argues that the word “stay” in section 196 of the IRPA is intended to apply only to stays granted pursuant to section 73 of the former Act and not to any other statutory stays, including those arising automatically by the operation of paragraph 49(1)(b) of the former Act. The applicant urges the Court to adopt a broader interpretation of section 196 of the IRPA.

Analysis

Issue 1: Did the IAD err in law in concluding that section 196 of the IRPA had the effect of extinguishing the applicant’s appeal rights under section 192 of the IRPA?

(i) Ordinary Meaning of Section 196 of the IRPA

[15] First, I will review the ordinary meaning of section 196 of the IRPA. In my view, the plain meaning of section 196 of the IRPA accords with the position taken by the applicant that the automatic stay of removal pending appeal pursuant to paragraph 49(1)(b) of the former Act renders section 196 of the IRPA inapplicable.

[12] L’article 196 de la LIPR prévoit une exception à l’article 192 et c’est son application qui est contestée en l’espèce:

196. Malgré l’article 192, il est mis fin à l’affaire portée en appel devant la Section d’appel de l’immigration si l’intéressé est, alors qu’il ne fait pas l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne Loi, visé par la restriction du droit d’appel prévue par l’article 64 de la présente loi.

[13] La demanderesse reconnaît qu’elle est visée par l’article 64 de la LIPR et qu’elle n’aurait pas droit à un appel en vertu de cet article en raison de sa condamnation au criminel:

64. (1) L’appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l’étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l’étranger, son répondant.

(2) L’interdiction de territoire pour grande criminalité vise l’infraction punie au Canada par un emprisonnement d’au moins deux ans.

[14] Le défendeur soutient que le mot «sursis» employé à l’article 196 de la LIPR doit s’appliquer uniquement aux sursis accordés en vertu de l’article 73 de l’ancienne Loi et non à d’autres sursis prévus par la loi, y compris ceux qui sont accordés automatiquement du fait de l’alinéa 49(1)(b) de l’ancienne Loi. La demanderesse demande à la Cour d’adopter une interprétation de l’article 196 de la LIPR plus large que celle qui est proposée par le défendeur.

Analyse

Question 1: La Section d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l’article 196 de la LIPR a eu pour effet d’éteindre les droits d’appel de la demanderesse fondés sur l’article 192 de la LIPR?

(i) Sens ordinaire de l’article 196 de la LIPR

[15] Tout d’abord, j’examinerai le sens ordinaire des mots utilisés à l’article 196 de la LIPR. À mon avis, le sens ordinaire de l’article 196 de la LIPR s’accorde avec la position adoptée par la demanderesse selon laquelle le sursis accordé automatiquement à l’exécution d’une mesure de renvoi en attendant le règlement d’un appel et

[16] The respondent argues that the use of the active verb “grant” in section 196 ought to be read to apply only to stays that were, in some manner, conferred on the recipient; in this case, those conferred by section 73 of the former Act and not those stays that arose by operation of law under paragraph 49(1)(b) of the former Act. In support of this argument, the respondent referred to the definition in *Black’s Law Dictionary*, 6th ed., of “grant” as an active verb, namely; “to bestow or confer”. In contrast, the stay pursuant to paragraph 49(1)(b) is one that arises automatically. The respondent points out that, under the former Act, the word “grant” was always used in the context of some action; for example, subsection 23(1.1) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 13] of the former Act speaks of a “grant of landing”.

[17] In my view, this argument is not sustainable. It is difficult to discern any consistency within the former Act with respect to how stays arise. In direct opposition to the use of the word “grant” in section 196 of the IRPA, I note that section 73 of the former Act provides that the IAD may dispose of an appeal by “directing that execution of the order be stayed”. This is the very provision that the respondent argues is the only section that is the subject of section 196 of the IRPA. If his interpretation of the word “grant” is correct, one could argue that not even section 73 stays are caught in the operation of section 196 of the IRPA. The better view of “stay” is to look at the result or effect of the words, rather than the accompanying verb. Whether granted or directed or otherwise applied to the situation at hand, the result is a stay.

[18] This view of the word “stay” is also consistent with the French version of section 196. The words used in the French version of section 196 are “*il ne fait pas l’objet d’un sursis*”; this can be roughly translated as “is

fondé sur le paragraphe 49(1)(b) de l’ancienne Loi rend l’article 196 de la LIPR inapplicable.

[16] Le défendeur soutient que l’utilisation du verbe actif anglais «grant» à l’article 196 devrait être lu de façon à ne s’appliquer qu’aux sursis qui ont été, d’une manière ou d’une autre, conférés au bénéficiaire; en l’espèce, il s’agirait des sursis ordonnés aux termes de l’article 73 de l’ancienne Loi et non pas des sursis qui découlent de l’opération de la loi aux termes de l’alinéa 49(1)(b) de l’ancienne Loi. À l’appui de cet argument, le défendeur fait référence à la définition que donne le *Black’s Law Dictionary*, 6^e éd., du verbe actif anglais «grant», à savoir: «*to bestow or confer*» (conférer ou attribuer). Par contraste, le sursis prévu à l’alinéa 49(1)(b) est celui qui est automatiquement accordé. Le défendeur souligne que, en vertu de l’ancienne Loi, le verbe «grant» était toujours utilisé dans le contexte d’une action quelconque; par exemple, le paragraphe 23(1.1) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 13] de l’ancienne Loi utilise l’expression «*grant of landing*» (octroi du droit d’établissement).

[17] À mon avis, cet argument ne peut être maintenu. Il est difficile de discerner une quelconque cohérence dans l’ancienne Loi sur la façon dont les sursis sont accordés. En opposition directe à l’emploi du verbe «grant» à l’article 196 de la LIPR, je note que l’article 73 de l’ancienne Loi prévoit que la section d’appel peut statuer sur un appel en «directing that execution of the order be stayed» ([ordonnant] de surseoir à l’exécution de [la mesure de renvoi]). C’est la disposition même qui, selon l’argument du défendeur, serait le seul article qui est visé à l’article 196 de la LIPR. Si son interprétation du verbe «grant» est exacte, on pourrait faire valoir que même les sursis accordés en vertu de l’article 73 ne sont pas visés par l’article 196 de la LIPR. La meilleure interprétation à donner au terme «sursis» est de considérer l’effet des mots utilisés plutôt que le verbe qui l’accompagne. Que le sursis ait été accordé ou ordonné ou qu’il s’applique de toute autre façon à la situation en l’espèce, il n’en reste pas moins qu’il y a sursis.

[18] Cette interprétation du mot «sursis» est également conforme à la version française de l’article 196. Les mots utilisés dans la version française de l’article 196 sont «il ne fait pas l’objet d’un sursis»; ce qui pourrait se traduire

not the object of a stay”. There is no bestowing or conferring of the stay. The English and French versions of a statute are equally authoritative and must be read together (Charter, subsection 18(1); *Manning Timber Products Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1952] 2 S.C.R. 481). If the two versions do not say exactly the same thing, then the common meaning that is shared by both ought to be adopted, unless that common meaning is unacceptable for some reason (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at page 80).

[19] The respondent referred me to P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Ontario: Carswell, 2000) (Côté). According to Côté, at page 327, where two versions of the same enactment seem contradictory “reconciliation must be attempted” in one of three ways:

1. if the versions are manifestly irreconcilable, look to the legislative history of the provision;
2. if one version is ambiguous, while the other is plain and unequivocal, the latter is preferred; and
3. if one version has a broader meaning than the other, then the shared meaning is the more narrow of the two.

[20] The respondent urged me to apply the third test cited in Côté, *supra*. That is, if one version has a broader meaning than the other, the shared meaning should be the more narrow of the two. I do not agree with the starting point of the respondent that the use of the active verb “grant” in the English version results in a narrower meaning. As I discussed above, given the inconsistent use of the word “grant”, the better approach to interpreting the English provision is to focus on the result. In both the English and French, the effect of the provision is a stay and the two versions are not “manifestly irreconcilable”. In the alternative, the French is plain and unequivocal and, on the basis of the second test cited in Côté, *supra*, is to be preferred.

approximativement par «*is not the object of a stay*». Il n’est pas question d’un sursis qui aurait été conféré. Les versions française et anglaise d’une loi font également autorité et doivent être lues ensemble (le paragraphe 18(1) de la Charte; *Manning Timber Products Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1952] 2 R.C.S. 481). Si les deux versions ne disent pas exactement la même chose, alors le sens qui est commun aux deux versions doit être retenu, à moins que celui-ci soit inacceptable pour une raison ou pour une autre (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Toronto: Butterworths, 2002), à la page 80).

[19] Le défendeur me renvoie à l’ouvrage de P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd. (Éditions Thémis, Montréal, 1999) (Côté). Selon Côté, à la page 412, lorsque les deux versions d’un texte législatif semblent contradictoires, il faut «*tenter de les concilier*» de l’une des trois façons suivantes:

1. si les versions sont manifestement irréconcilables, examiner l’historique législatif de la disposition;
2. si une version est ambiguë, alors que l’autre est claire et sans équivoque, il faut préférer cette dernière; et
3. si l’une des versions a un sens plus large que l’autre, alors le sens commun aux deux versions sera le sens le plus étroit des deux.

[20] Le défendeur me demande d’appliquer le troisième critère cité dans l’ouvrage de Côté, précité. C’est-à-dire que si l’une des versions a un sens plus large que l’autre, le sens commun devrait être le plus étroit des deux. Je ne suis pas d’accord avec le point de départ du défendeur selon lequel l’utilisation du verbe actif «*grant*» dans la version anglaise entraîne un sens plus étroit. Comme je l’ai indiqué ci-dessus, compte tenu de l’utilisation non cohérente du verbe «*grant*», la meilleure démarche à suivre pour interpréter la disposition anglaise est de mettre l’accent sur le résultat. Dans les versions anglaise et française, la disposition donne lieu à l’octroi d’un sursis et les deux versions ne sont pas «*manifestement irréconcilables*». Subsidiairement, la version française a un sens clair et sans équivoque et, d’après le deuxième critère cité dans l’ouvrage de Côté, précité, il doit être préféré.

[21] In conclusion on this point, I am of the view that, on an ordinary reading of the words of section 196 of the IRPA, a stay in place because of the operation of paragraph 49(1)(b) of the former Act is a stay for the purposes of this section.

(ii) General Context of the Legislation

[22] As informed by the jurisprudence, I cannot leave the matter here. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo Shoes*), Iacobucci J., writing for a majority of the Supreme Court of Canada, outlined the following framework for statutory interpretation at paragraph 21:

Although much has been written about the interpretation of legislation . . . Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[23] The purposive approach to statutory interpretation adopted in *Rizzo Shoes*, *supra*, has been applied by the Supreme Court of Canada in many cases (see, e.g. *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025).

[24] The Supreme Court of Canada has also emphasized the importance of section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 in interpreting federal legislation (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688). Section 12 of the *Interpretation Act* provides as follows:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[25] Thus, the words of section 196 of the IRPA must be “read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo Shoes*, *supra*, at paragraph 21).

[21] Pour conclure sur ce point, je suis d’avis que, d’après le sens ordinaire des mots utilisés à l’article 196 de la LIPR, le sursis accordé du fait de l’application de l’alinéa 49(1)(b) de l’ancienne Loi est un sursis accordé pour les fins de cet article.

(ii) Contexte général de la Loi

[22] Comme le souligne la jurisprudence, je ne peux m’en tenir à cela. Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo Shoes*), le juge Iacobucci, s’exprimant pour la majorité de la Cour suprême du Canada, a défini le cadre suivant pour l’interprétation législative au paragraphe 21:

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre [. . .] Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[23] La démarche téléologique utilisée pour l’interprétation législative qui a été adoptée dans l’arrêt *Rizzo Shoes*, précité, a été appliquée par la Cour suprême du Canada dans de nombreuses causes (voir par exemple *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025).

[24] La Cour suprême du Canada a également souligné l’importance de l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 dans l’interprétation des lois fédérales (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688). L’article 12 de la *Loi d’interprétation* stipule ce qui suit:

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[25] Ainsi donc, les mots utilisés à l’article 196 de la LIPR doivent être lus «dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur» (*Rizzo Shoes*, précité, paragraphe 21).

Overall Objectives

[26] The immigration objectives of the IRPA are set out in subsection 3(1) of the IRPA. The relevant paragraphs of subsection 3(1) are as follows:

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and [Emphasis added.]

[27] Subsection 36(1) of the IRPA addresses inadmissibility on the grounds of serious criminality:

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

[28] In the submission of the respondent, the purpose of section 196 of the IRPA is to ensure that individuals found to be serious criminals under the former Act and who were in the process of appealing their deportation are treated in the same manner as those found to be serious criminals under the IRPA. This purpose is consistent with the emphasis on the protection of the public and the removal of serious criminals from Canada in the IRPA. According to the respondent, in order to give effect to this purpose, section 196 of the IRPA needs to be interpreted in a manner that ensures it is

Les objectifs globaux

[26] Les objectifs en matière d'immigration de la LIPR sont énoncés au paragraphe 3(1) de cette loi. Les parties pertinentes du paragraphe 3(1) sont les suivantes:

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet:

[. . .]

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité; [Mes soulignés.]

[27] Le paragraphe 36(1) de la LIPR traite de la non-admissibilité pour des motifs de grande criminalité:

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

[28] Selon la prétention du défendeur, l'article 196 de la LIPR a pour objectif de veiller à ce que les personnes considérées comme de grands criminels en vertu de l'ancienne Loi et qui avaient entamé une procédure d'appel contre leur expulsion soient traitées de la même façon que celles considérées comme de grands criminels en vertu de la LIPR. Cet objectif est compatible avec l'accent mis sur la protection du public et le renvoi des grands criminels du Canada dans la LIPR. Selon le défendeur, pour que cet objectif puisse être atteint, il faut interpréter l'article 196 de la LIPR de manière que

applied to individuals on the basis of their serious criminality. As a result, the respondent submits that section 196 of the IRPA does not refer to the automatic stay of removal pending the appeal of a deportation order provided for in paragraph 49(1)(b) of the former Act. This interpretation gives meaning to both conditions set out in section 196 of the IRPA and properly places the emphasis on the serious criminality of the applicant. Serious criminals who had actually been granted a stay by the IAD under the former Act, as opposed to by the automatic operation of law, would be still entitled to have their appeal heard pursuant to section 192 of the IRPA. In addition, together with section 197, there is a symmetry and harmony to the IRPA.

[29] I do not disagree with the analysis of the respondent as to the intent of the legislative scheme as a whole; there is a clear intent to limit the rights of convicted criminals. Paragraph 3(1)(i) could not be clearer when it states that an objective of the IRPA is to deny “access to Canadian territory to persons who are criminals”. However, what this analysis avoids is any discussion of three important factors that I view as significant in the determination of this issue:

1. the provision in question is part of the transitional provisions of the IRPA;
2. the parties’ behaviour, prior to the coming into force of the IRPA, was not consistent with the respondent’s interpretation; and
3. the applicant held special or “vested” rights.

Transitional Provisions

[30] For purposes of establishing the intent of the legislation in question, I believe that I should also examine the intent of sections 192 and 196 of the IRPA as transitional provisions.

[31] Parliament acknowledges that a change from one legislative framework to another will affect parties who have commenced some actions under the repealed legislation. This group of affected parties is usually

l’article s’applique à des personnes sur la base des crimes graves qu’elles ont commis. Par conséquent, le défendeur soutient que l’article 196 de la LIPR ne fait pas référence au sursis accordé automatiquement à l’exécution du renvoi en attendant l’audition d’un appel contre une mesure d’expulsion prévu à l’alinéa 49(1)(b) de l’ancienne Loi. Cette interprétation donne tout leur sens aux deux conditions énoncées à l’article 196 de la LIPR et met à bon droit l’accent sur le fait que la demanderesse est une grande criminelle. Les grands criminels à l’égard desquels la section d’appel a en fait déjà accordé un sursis aux termes de l’ancienne Loi, par opposition à l’application automatique de la Loi, auraient encore le droit de faire entendre leur appel aux termes de l’article 192 de la LIPR. En outre, si l’on tient compte de l’article 197, il y a symétrie et harmonie dans la LIPR.

[29] Je ne disconviens pas de l’analyse que fait le défendeur de l’intention qui se dégage du cadre législatif dans son ensemble; il y a une intention manifeste de limiter les droits des criminels qui ont été condamnés. L’alinéa 3(1)(i) ne peut être plus clair quand il indique que l’un des objectifs de la LIPR est d’interdire «[le] territoire aux personnes qui sont des criminels». Toutefois, cette analyse a pour effet d’éluder une discussion de trois facteurs importants que j’estime significatifs dans le règlement de la présente question:

1. la disposition en question fait partie des dispositions transitoires de la LIPR;
2. le comportement des parties, avant l’entrée en vigueur de la LIPR, n’est pas compatible avec l’interprétation du défendeur; et
3. la demanderesse a des droits spéciaux ou «acquis».

Les dispositions transitoires

[30] Pour les fins d’établir l’intention des dispositions législatives en question, je crois devoir examiner également l’intention des articles 192 et 196 de la LIPR à titre de dispositions transitoires.

[31] Le législateur reconnaît que le passage d’un cadre législatif à un autre aura des effets sur les parties qui ont intenté des actions en vertu de la loi abrogée. Ce groupe de parties touchées est habituellement facilement défini

easily defined and is a finite subset of the much larger group of parties impacted by the new legislation. While those caught in the transition are subject to the new statute as a whole, they form a unique group to whom the general objectives of both the new law and the old law will apply. Thus, almost every statute that is intended to replace an existing statute contains transitional provisions. Given this situation, I believe that it is reasonable to conclude that an objective of Parliament is to ensure that those who are caught by legislative change are treated as fairly as possible. This objective would apply in the context of interpreting the transitional provisions of a new statute. Accordingly, where a right previously held is being affected, the transitional provision should be interpreted in a manner that respects not only the overall intent of the IRPA, but also the more limited intent of treating individuals who were caught by changing legislation fairly.

[32] This approach to the interpretation of transitional provisions is consistent with that set out by Noël J. in *Canada v. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333 (F.C.T.D.), *affd* (1996), 96 DTC 6570 (F.C.A.), at paragraphs 31 and 32:

Transitional provisions do not lend themselves to the scrutiny of an overly strict interpretation. It should be borne in mind that transitional provisions are secondary and incidental to the provisions of substantive law which they accompany. Unlike taxing provisions, they are not adopted as part of a coherent legislative plan in which the provisions must interrelate with one another in a logical scheme. They are ad hoc provisions the sole purpose of which is to ensure that the particular provision of substantive law which they accompany is introduced in an equitable manner. . . .

In my view, when a question of interpretation arises as to the scope of a transitional provision, it must be answered by reference to the provision of substantive law it accompanies and the specific situation which Parliament sought to alleviate by introducing it.

[33] Applied to the situation before me, where the right to an appeal is being removed, the context requires an interpretation that minimizes the negative impact on

et constitue un sous-groupe précis du groupe beaucoup plus important de parties touchées par la nouvelle législation. Bien que les personnes touchées par la transition soient assujetties à la nouvelle loi dans son ensemble, elles forment un groupe unique auquel les objectifs généraux de la nouvelle loi comme ceux de l'ancienne loi s'appliqueront. Ainsi, presque toutes les lois qui ont pour objet de remplacer une loi existante renferment des dispositions transitoires. Cela étant, je crois qu'il est raisonnable de conclure que l'un des objectifs poursuivis par le législateur est de s'assurer que les personnes touchées par le changement législatif sont traitées le plus équitablement possible. Cet objectif s'appliquerait dans le contexte de l'interprétation des dispositions transitoires d'une nouvelle loi. Par conséquent, lorsqu'un droit qui existait auparavant est touché, la disposition transitoire doit être interprétée d'une manière qui respecte non seulement l'intention générale de la LIPR, mais aussi l'intention plus restreinte qui est de traiter équitablement les personnes qui sont touchées par ce changement législatif.

[32] Cette démarche relative à l'interprétation des dispositions transitoires est conforme à ce qu'a dit le juge Noël dans la décision *Canada c. Trade Investments Shopping Centre Ltd.*, [1993] 2 C.T.C. 333 (C.F. 1^{re} inst.), confirmée à (1996), 96 DTC 6570 (F.C.A.), aux paragraphes 31 et 32:

L'on ne saurait, face à des mesures transitoires, imposer les rigueurs d'une interprétation trop stricte. Il faut se rappeler que les mesures transitoires sont secondaires et incidentes aux dispositions de droit substantif qu'elles accompagnent. Contrairement aux mesures d'imposition, elles ne sont pas adoptées dans le cadre d'un plan législatif cohérent où les dispositions doivent s'intégrer les unes aux autres. Ce sont des mesures *ad hoc* qui ont comme unique vocation celle d'assurer la mise en vigueur équitable de la disposition particulière de droit substantif qu'elles accompagnent [. . .]

Selon moi, lorsqu'une question d'interprétation se soulève quant au champ d'application d'une mesure transitoire, elle doit trouver sa réponse à la lumière de la disposition de droit substantif qu'elle accompagne et de la situation précise à laquelle le législateur voulait apporter un palliatif en la mettant en vigueur.

[33] Si l'on applique cette citation à la situation dont je suis saisie, lorsqu'un droit d'appel est enlevé, le contexte dicte une interprétation qui en minimise l'effet

the applicant. As interpreted by the respondent, section 196 operates to strip a previously held right from many individuals. Arguably this is not in keeping with the general objectives of fairness and minimization of the impact on those who, through no fault of their own, are caught in the face of changing legislation.

[34] It should be pointed out that this does not, in any way, affect the operation of the non-transitional provisions or the objectives of the IRPA as a whole. Nor does it mean that Parliament could not have removed the right of appeal to the IAD; however, if Parliament wishes to remove that right, it must do so in the clearest of terms.

Behaviour of Parties

[35] Although the IRPA came into effect on June 28, 2002, it received Royal Assent on November 1, 2001. Both the applicant and the respondent were aware of its provisions for a significant period of time prior to its coming into force. However, notwithstanding their knowledge of the new provisions, neither the applicant nor the respondent conducted themselves in a manner consistent with the interpretation of section 196 of the IRPA put forth by the respondent. If the respondent's interpretation is correct, why was there not a hue and cry from the immigration bar and pleas to set down those appeals that were "in the works"? Why was there no apparent effort made by the respondent to hear outstanding appeals before June 28, 2002?

[36] The applicant made her application for an appeal to the IAD in November 2001. On April 24, 2002, barely two months before the coming into force of the IRPA, the applicant received a notice to appear setting down her appeal for September 26, 2002. The notice made no reference to the IRPA or the effects of the IRPA on the applicant's appeal. Assuming good faith, as I should, there is only one reasonable explanation of this notice; the respondent was interpreting section 196 of the IRPA as not applicable to the applicant.

Special or "Vested" Rights

[37] The applicant submits that by making application and having a hearing set down that she held "vested"

négatif sur le demandeur. Selon l'interprétation du défendeur, l'article 196 opère de façon à retirer à de nombreuses personnes un droit qui leur était autrefois accordé. On peut prétendre que cela n'est pas conforme aux objectifs généraux d'équité et de minimisation de l'effet sur les personnes qui, sans qu'il y ait faute de leur part, sont touchées par le changement législatif.

[34] Il convient de souligner que cela n'a aucun effet sur l'application des dispositions non transitoires ou des objectifs de la LIPR dans son ensemble. Cela ne signifie pas non plus que le législateur ne pouvait pas supprimer le droit d'appel à la section d'appel; toutefois, si le législateur souhaite supprimer ce droit, il doit le faire le plus clairement possible.

Le comportement des parties

[35] Bien que la LIPR soit entrée en vigueur le 28 juin 2002, elle a reçu la sanction royale le 1^{er} novembre 2001. La demanderesse et le défendeur connaissaient ses dispositions bien avant son entrée en vigueur. Toutefois, malgré cela, ni la demanderesse ni le défendeur ne sont conduits d'une manière compatible avec l'interprétation de l'article 196 de la LIPR proposée par le défendeur. Si l'interprétation du défendeur est exacte, pourquoi les avocats et négociateurs spécialisés en immigration n'ont-ils pas réclamé à cor et à cri que les appels qui avaient déjà été engagés soient inscrits au rôle? Pourquoi le défendeur n'a-t-il pas déployé d'effort apparent pour entendre les appels en suspens avant le 28 juin 2002?

[36] La demanderesse a présenté sa demande d'appel à la section d'appel en novembre 2001. Le 24 avril 2002, soit deux mois à peine avant l'entrée en vigueur de la LIPR, elle a reçu un avis de comparution indiquant que son appel serait entendu le 26 septembre 2002. L'avis ne faisait aucune référence à la LIPR ou aux effets qu'aurait cette loi sur son appel. Si je suppose que les parties étaient de bonne foi, comme je dois le faire, il n'y a qu'une seule explication raisonnable à cet avis, c'est que le défendeur a estimé que l'article 196 de la LIPR ne s'appliquait pas à la demanderesse.

Les droits spéciaux ou «acquis»

[37] La demanderesse soutient qu'en raison du fait qu'elle a présenté sa demande d'appel et que la date

rights. Such rights should not be revoked. The respondent relies on the case of *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, to argue that the applicant had no “vested” right to have the provisions of the former Act continue to apply.

[38] I note that *Gustavson, supra*, was a case involving the application of provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. This case, on the other hand involves the rights of individuals. Further, the applicant had already exercised her right under the former Act and a hearing had been set down. While I might not characterize this as having established a “vested” right, I certainly would opine that, having exercised her right under the former Act and having been led to believe by the actions of the respondent that she would have her “day in Court”, fairness would require that the process continue, unless taken away by clear and unmistakable terms.

[39] On the matter of fairness, I note the comments of Iacobucci, J. in the case of *Chieu, supra*, at paragraph 71:

When faced with the problem of a statute which can be read in two ways, one that accords with the principles of natural justice and one that does not, this Court has consistently adopted the interpretation that favours a fuller assurance that the requirements of natural justice will be met.

[40] Surely the same principle should operate in these particular circumstances to afford the applicant the continuation of her appeal.

(iii) Remaining Applicability of Section 196 of the IRPA

[41] Lastly, Parliament intended that its words have some meaning. Words of a statute are not to be ignored. Thus, a legislative provision should not be interpreted so as to render it “mere surplusage” (*R. v. Proulx*, [2001] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28), meaningless, pointless or redundant (*Winters v. Legal Services Society*, [1999] 3 S.C.R. 160; *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493).

d’audition avait déjà été fixée, elle a des droits «acquis». Ces droits ne peuvent être révoqués. Le défendeur s’appuie sur l’arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, pour faire valoir que la demanderesse n’avait pas de droit «acquis» lui permettant de demander que les dispositions de l’ancienne Loi continuent de s’appliquer.

[38] Je fais remarquer que l’affaire *Gustavson*, précitée, portait sur l’application des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Au contraire, le cas en l’espèce fait intervenir les droits des particuliers. En outre, la demanderesse avait déjà exercé son droit en vertu de l’ancienne Loi et une date d’audition avait été fixée. Bien que je ne puisse qualifier cela comme ayant établi un droit «acquis», je serais certainement d’avis que, comme elle a exercé son droit en vertu de l’ancienne Loi et que les gestes du défendeur l’ont amenée à croire qu’elle pourrait se faire entendre par la Cour, l’équité exigerait que la procédure continue, à moins qu’elle n’ait été abrogée par des conditions claires et sans équivoque.

[39] Pour ce qui est de l’équité, je note d’après les observations du juge Iacobucci, dans l’arrêt *Chieu*, précité, au paragraphe 71:

Face à une loi pouvant s’interpréter de deux façons possibles, l’une qui est conforme aux principes de la justice naturelle et l’autre qui ne l’est pas, la Cour a uniformément adopté l’interprétation qui assure mieux le respect des exigences de la justice naturelle.

[40] Le même principe devrait certainement s’appliquer dans ces circonstances particulières pour autoriser la demanderesse à poursuivre son appel.

(iii) L’applicabilité générale de l’article 196 de la LIPR

[41] Enfin, le législateur avait l’intention de donner un sens certain aux mots qu’il a utilisés. Le libellé d’une loi ne doit pas être ignoré. Ainsi, une disposition législative ne peut être interprétée de façon à en faire une disposition «simplement superflue» (*R. c. Proulx*, [2001] 1 R.S.C. 61, au paragraphe 28), n’ayant aucun sens, aucun objectif ou étant redondante (*Winters c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160; *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493).

[42] Given that removal is stayed pending appeal of the deportation order in virtually all cases, the respondent argues that the effect of this interpretation is that section 196 of the IRPA may not be applicable in any cases. There is no question that the respondent's interpretation would result in a large number of cases for which an appeal would be denied, thus giving the provision applicability.

[43] The applicant, on the other hand, points out that, under the proposed interpretation, there would still be cases where section 196 of the IRPA would operate to remove any appeal to the IAD. In particular:

Included in the category of persons who would be affected by section 196 are persons who at the time of the hearing did not have outstanding appeals pending before the Board but who after proclamation of IRPA were granted an appeal. Thus, for example a person who was ordered deported and who had his appeal dismissed prior to the coming into effect of IRPA would not be affected by section 49(1)(b) and would not have had a stay in effect at the time of the proclamation of IRPA. If after IRPA's proclamation he had his appeal reinstated section 196 would come into play and he would not have a right to appeal. Thus section 196 would apply to persons who had had appeals under the former Act which were dismissed or discontinued and hence did not have stays in effect under the former Act at the time of proclamation of IRPA.

[44] As admitted by the applicant, this group to whom section 196 of the IRPA would apply is very small. Since almost all appellants, including those who would now be prohibited from making an appeal by section 64 of the IRPA, had an automatic stay of removal, rarely would a situation satisfy the requirements of section 196 of the IRPA for the discontinuation of an appeal from a removal order.

[45] Nevertheless, I am satisfied that the section, as interpreted by the applicant, is not completely devoid of meaning.

[46] Further, even if section 196, as a result of the applicant's interpretation becomes essentially

[42] Étant donné qu'un sursis est accordé à l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant l'audition de l'appel dans presque tous les cas, le défendeur fait valoir que cette interprétation pourrait avoir pour effet de rendre l'article 196 de la LIPR inapplicable dans tous les cas. Il ne fait aucun doute que l'interprétation du défendeur ferait en sorte que, dans un grand nombre de cas, l'appel serait refusé, ce qui délimiterait le champ d'application de la disposition.

[43] Par ailleurs, la demanderesse souligne que, en vertu de l'interprétation proposée, il y aurait tout de même des cas où l'article 196 de la LIPR aurait pour effet d'enlever tout droit d'appel devant la Section d'appel. Plus particulièrement:

[TRADUCTION] Seraient incluses dans la catégorie des personnes qui seraient touchées par l'article 196, les personnes qui, au moment de la tenue de l'audience, n'avaient pas d'appel en suspens devant la Commission mais qui, après l'entrée en vigueur de la LIPR, auraient obtenu un droit d'appel. Par exemple, une personne ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion et dont l'appel aurait été rejeté avant l'entrée en vigueur de la LIPR ne serait pas touchée par l'alinéa 49(1)b) et n'aurait pas bénéficié d'un sursis au moment de l'entrée en vigueur de la LIPR. Si, après l'entrée en vigueur de la LIPR, son droit d'appel était rétabli, l'article 196 entrerait en action et n'aurait pas de droit d'appel. Ainsi, l'article 196 s'appliquerait aux personnes qui avaient des droits d'appel sous l'ancienne Loi, appels qui auraient été rejetés ou qui auraient fait l'objet d'un désistement, donc à des personnes qui n'auraient pas bénéficié d'un sursis en vertu de l'ancienne Loi au moment de l'entrée en vigueur de la LIPR.

[44] Comme le reconnaît la demanderesse, ce groupe auquel s'appliquerait l'article 196 de la LIPR est très restreint. Étant donné que la presque totalité des appelants, y compris ceux qui n'auraient actuellement pas le droit de former un appel aux termes de l'article 64 de la LIPR, pouvaient obtenir automatiquement un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi, il y aurait peu de situations qui pourraient satisfaire aux conditions de l'article 196 de la LIPR pour le désistement d'un appel concernant une mesure de renvoi.

[45] Néanmoins, je suis convaincue que l'article, tel qu'il a été interprété par la demanderesse, n'est pas tout à fait privé de sens.

[46] En outre, même si l'article 196, par suite de l'interprétation de la demanderesse, devient essentielle-

“surplusage”, I am not persuaded that the respondent’s arguments should prevail. This situation demands a more careful analysis based on consideration and balancing of all elements of statutory interpretation. Balancing those elements militates strongly in favour of an interpretation that permits the applicant to have her appeal heard by the IAD. The unacceptable alternative would be to apply an interpretation to the provision that results in a wider applicability but that ignores the plain meaning of the words and that does not result in fair treatment of the applicant.

Conclusion

[47] In summary on this issue, I am of the view that the interpretation of section 196 put forward by the applicant gives a meaning to section 196 that results in “such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects” (*Interpretation Act*, section 12). Specifically, I am satisfied that his interpretation:

1. is supported by the ordinary meaning of the words, in both English and French;
2. is in accord with the general context of the legislation and, in particular, with the transitional provisions of the IRPA;
3. results in a more equitable treatment of the applicant; and
4. does not render the provision completely meaningless.

[48] Accordingly, I conclude that the word “stay” in section 196 of the IRPA contemplates a stay that came into effect as a result of the operation of paragraph 49(1)(b) of the former Act. My decision in this case does not establish whether Parliament could, through legislative amendments, remove the right of appeal from the applicant and others in her position; it only determines that Parliament did not do so for this applicant.

[49] As a result, the IAD erred in concluding that section 196 had the effect of extinguishing the

ment «superflu», je ne suis pas persuadée que les arguments du défendeur doivent prévaloir. Cette situation exige une analyse plus minutieuse fondée sur un examen et une pondération de tous les éléments de l’interprétation législative. La pondération de ces éléments milite fortement en faveur d’une interprétation qui permet à la demanderesse de faire entendre son appel par la Section d’appel. Il serait inacceptable de donner à la disposition une interprétation qui entraînerait un champ d’application plus large, mais qui laisserait de côté le sens ordinaire des mots et qui ne permettrait pas de traiter équitablement la demanderesse.

Conclusion

[47] Pour résumer cette question, je suis d’avis que l’interprétation de l’article 196 proposée par la demanderesse donne à cet article un sens qui entraîne l’interprétation «la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet» (*Loi d’interprétation*, article 12). Plus précisément, je suis convaincue que cette interprétation:

1. est appuyée par le sens ordinaire des mots utilisés, autant en anglais qu’en français;
2. s’harmonise avec le contexte général de la loi et, en particulier, avec les dispositions transitoires de la LIPR;
3. assure à la demanderesse un traitement plus équitable; et
4. ne prive pas la disposition de tout son sens.

[48] Par conséquent, je conclus que le mot «sursis» utilisé à l’article 196 de la LIPR envisage un sursis qui a été accordé du fait de l’alinéa 49(1)b) de l’ancienne Loi. Ma décision en l’espèce ne décide pas de la question de savoir si le législateur pourrait, par des modifications législatives, supprimer le droit d’appel de la demanderesse et d’autres personnes se trouvant dans sa situation; elle indique seulement que le législateur n’a pas pris cette décision à l’égard de la demanderesse.

[49] Par conséquent, la Section d’appel a commis une erreur en concluant que l’article 196 avait pour effet

applicant's appeal rights under section 192 of the IRPA.

d'éteindre les droits d'appel de la demanderesse en vertu de l'article 192 de la LIPR.

Issue 2: Is section 7 of the Charter engaged on the facts of this case and, if so, has there been a violation of the applicant's rights under that provision?

Question n° 2: L'article 7 de la Charte trouve-t-il application d'après les faits de l'espèce et, dans l'affirmative, y a-t-il eu atteinte aux droits de la demanderesse en vertu de cette disposition?

[50] Given my conclusions with respect to the first issue, there is no need for me to address this issue.

[50] Compte tenu de mes conclusions à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire de traiter de cette deuxième question.

Question for Certification

Certification d'une question

[51] The applicant proposed that I certify the following question as one of general importance that is determinative of this case:

[51] La demanderesse a proposé que je certifie la question suivante comme étant une question grave de portée générale qui règle définitivement l'espèce:

Does the word "stay" in section 196 of the IRPA contemplate a stay that came into effect under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as a result of the operation of paragraph 49(1)(b)?

[TRADUCTION] Le mot «sursis» utilisé à l'article 196 de la LIPR envisage-t-il un sursis qui a été accordé en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 par suite de l'application de l'alinéa 49(1)b)?

[52] The respondent did not oppose the certification of this question as worded. I am mindful of the fact that this is a transitional provision that applies to a finite class of persons. At this time, it is difficult to ascertain how many individuals would fall into this category. However, I am satisfied that the population affected by this decision is significant enough in size to warrant classifying this question as one of general importance. Accordingly, I will certify the question.

[52] Le défendeur ne s'est pas opposé à la certification de la question telle qu'elle a été formulée. Je suis consciente du fait qu'il s'agit d'une disposition transitoire qui s'applique à une catégorie limitée de personnes. À l'heure actuelle, il est difficile de prévoir combien de personnes pourraient faire partie de cette catégorie. Toutefois, je suis convaincue que la population visée par cette décision est suffisamment nombreuse pour justifier que cette question soit considérée comme une question grave de portée générale. Par conséquent, je certifierai la question.

ORDER

ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE ce qui suit:

1. This application for judicial review is allowed.
2. The following question is certified:

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La question suivante est certifiée:

Does the word "stay" in section 196 of the IRPA contemplate a stay that came into effect under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as a result of the operation of paragraph 49(1)(b)?

Le mot «sursis» utilisé à l'article 196 de la LIPR envisage-t-il un sursis qui a été accordé en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 par suite de l'application de l'alinéa 49(1)b)?

IMM-1338-00
2003 FCT 379

IMM-1338-00
2003 CFPI 379

Rogelio Cuevas Fuentes (*Applicant*)

Rogelio Cuevas Fuentes (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: FUENTES v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: FUENTES c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, June 18, 2002; Ottawa, March 31, 2003.

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 18 juin 2002; Ottawa, 31 mars 2003.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Adjudicator finding applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(f)(iii)(B) as member of organization engaged in terrorist activity — Definition of "terrorism" by S.C.C. in Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Evidentiary requirements — Findings of fact by Adjudicator having no evidentiary basis, misapprehending evidence — Both errors falling within ambit of Federal Court Act, s. 18.1(4)(d).

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'arbitre avait conclu que le demandeur était non admissible en application de l'art. 19(1)(f)(iii)(B) de la Loi sur l'immigration parce qu'il était membre d'une organisation se livrant à des activités terroristes — Définition du mot «terrorisme» donnée par la C.S.C. dans l'arrêt Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Exigences de preuve — Les conclusions de fait de l'arbitre n'étaient aucunement fondées sur la preuve et attestaient une incompréhension de la preuve — Les deux erreurs étaient visées par l'art. 18.1(4)(d) de la Loi sur la Cour fédérale.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Adjudicator finding applicant member of organization engaged in terrorism under Immigration Act, s. 19(1)(f)(iii)(B) — No authoritative definition of "terrorism" in Act but S.C.C. providing such definition in Suresh case — Inadequacy of evidence organization engaged in terrorism — No credible evidence on record to believe act of terrorism committed on account of kidnappings — Adjudicator failing to state why documentary evidence preferred over applicant's testimony.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — L'arbitre avait estimé que le demandeur était membre d'une organisation qui se livrait à des activités terroristes, selon l'art. 19(1)(f)(iii)(B) de la Loi sur l'immigration — Il n'existait aucune définition du mot «terrorisme» qui fait autorité dans la Loi, mais la C.S.C. a donné une telle définition dans l'arrêt Suresh — Insuffisance de la preuve tendant à montrer que l'organisation se livrait au terrorisme — Absence, dans le dossier, d'une preuve crédible donnant à penser que des actes de terrorisme résultaient d'enlèvements — L'arbitre n'a pas indiqué pourquoi elle avait préféré la preuve documentaire au témoignage du demandeur.

This was an application of judicial review of an Adjudicator's decision finding the applicant to be an inadmissible person for permanent residence in Canada under clause 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act*. The applicant is a citizen of Mexico who arrived in Canada in March of 1999 and made a refugee claim alleging torture by the Mexican Army. He admitted his participation, for about a year, as a combatant and second sergeant, in Ejército Popular Revolucionario (EPR) commonly known as the Peoples' Revolutionary Army. Evidence of what EPR did during its operations came from two sources: the applicant and publicly

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une arbitre qui avait conclu que le demandeur était une personne non admissible à la résidence permanente au Canada, en application de la division 19(1)(f)(iii)(B) de la *Loi sur l'immigration*. Le demandeur est un ressortissant mexicain qui est arrivé au Canada en mars 1999 et qui a revendiqué le statut de réfugié en alléguant avoir été victime de torture aux mains de l'armée mexicaine. Il a avoué avoir été, pendant environ un an, un combattant, puis un sergent en second, dans l'Ejército Popular Revolucionario (EPR), communément appelée l'Armée révolutionnaire du peuple. La preuve de ce

available documentary evidence. The *Immigration Act* contains no definition of "terrorism", but the Supreme Court of Canada innovated in providing such definition when it rendered its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, on January 11, 2002. Shortly before that decision, Parliament enacted the *Anti-terrorism Act* in response to the tragic events of September 11, 2001. The definition of "terrorist activity" appears in section 83.01 of the *Criminal Code* which was enacted by section 4 of the *Anti-terrorism Act*. The only issue before the Adjudicator was whether EPR was an organization that "there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorism". The Adjudicator noted that part of the documentary evidence was deficient in many respects but nevertheless, concluded, from the totality of the evidence, that the EPR was an illegal armed guerrilla-type insurgent group attempting to achieve certain political and social aims which carried out surprise, hit-and-run armed attacks against various targets and that those attacks could be considered terrorist activity. She also concluded, on the basis of that same "deficient" evidence, and the applicant's testimony that there were kidnappings to raise funds for the organization.

Held, the application should be allowed.

In *Suresh*, the Supreme Court of Canada acknowledged that there was no authoritative definition of "terrorism", the *Immigration Act* did not define it and no single definition was accepted internationally. It noted that the absence of an authoritative definition meant "that at least at the margins" the term is open "to politicized manipulation, conjecture and polemical interpretation". Counsel for the Minister argued that the term "terrorism" must receive an unrestrictive interpretation. This submission could not be accepted because it ignored the fact that the Supreme Court of Canada did provide a definition of "terrorism" which, in its view, "catches the essence of what the world understands as terrorism", observing, however, that "particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement". The definition of terrorism adopted by the Supreme Court of Canada focuses on the protection of civilians—a central element in international humanitarian law whose foundation rests in the four Geneva Conventions adopted on June 12, 1949, and its two additional Protocols, all of which have been incorporated into Canadian law. By choosing the definition of terrorism it did, the Supreme Court harmonized and gave space to each of the key concepts found in section 19 of the Act: subversion, terrorism, crimes against humanity, war crimes and ordinary crimes. Each of those concepts are distinct and have separate roles to play in law.

que l'EPR faisait au cours de ses opérations venait de deux sources: le demandeur, et la preuve documentaire diffusée dans le public. La *Loi sur l'immigration* ne renferme aucune définition de «terrorisme», mais la Cour suprême du Canada a innové en offrant une telle définition, lorsqu'elle a rendu son arrêt dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le 11 janvier 2002. Peu avant cet arrêt, le Parlement adoptait la *Loi antiterroriste*, en réaction aux événements tragiques du 11 septembre 2001. La définition de «activité terroriste» apparaît dans l'article 83.01 du *Code criminel*, une disposition promulguée par l'article 4 de la *Loi antiterroriste*. Le seul point que devait décider l'arbitre était de savoir si l'EPR était une organisation «dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des actes de terrorisme». L'arbitre a retenu qu'une partie de la preuve documentaire était lacunaire à maints égards, mais elle a néanmoins conclu, au vu de l'ensemble de la preuve, que l'EPR était un groupe insurrectionnel armé illégal, du genre guérilla, qui tentait d'atteindre certains buts politiques et sociaux et qui pour cela s'était livré à des attaques armées éclairs et à des attaques surprises contre diverses cibles, et que ces attaques pouvaient être considérées comme des activités terroristes. Elle a aussi conclu, sur la foi de cette même preuve «lacunaire», et du témoignage du demandeur, que des enlèvements avaient été perpétrés pour financer l'organisation.

Jugement: la demande est accueillie.

Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il n'existait pas une définition du «terrorisme», qui fait autorité que la *Loi sur l'immigration* ne définissait pas ce terme et qu'aucune définition précise n'était reconnue au niveau international. Elle a souligné que l'absence d'une définition faisant autorité signifiait que, «du moins dans les cas limites», le terme se prête «aux manipulations à des fins politiques, aux conjectures et aux interprétations polémiques». L'avocat du ministre a avancé l'argument selon lequel le mot «terrorisme» doit recevoir une interprétation libérale. Cet argument ne pouvait être accepté parce qu'il ignorait le fait que la Cour suprême du Canada avait donné une définition de «terrorisme» qui, à son avis, «traduit bien ce que l'on entend essentiellement par terrorisme», faisant observer cependant que «des situations particulières, à la limite de l'activité terroriste, susciteront inévitablement des désaccords». La définition de terrorisme adoptée par la Cour suprême du Canada se concentre sur la protection des civils—un élément central du droit humanitaire international qui trouve sa source dans les quatre Conventions de Genève adoptées le 12 juin 1949, et dans leurs deux protocoles additionnels, instruments qui ont tous été incorporés dans le droit canadien. En choisissant sa définition du «terrorisme», la Cour suprême donnait de l'espace, en les harmonisant, à chacune des notions clés que l'on trouve dans l'article 19 de la Loi: subversion, terrorisme, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes de droit

There are two major reasons why the Adjudicator's decision could not stand and must be aside: (1) the departure by the Adjudicator of the delineation by the Supreme Court of what terrorism constitutes, and (2) the inadequacy of the evidentiary foundation to support finding the EPR was engaged in acts of terrorism, given that the standard of proof is one, while falling short of the balance of probabilities, nonetheless connotes a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence. Despite the fact that the evidence relating to the EPR's actions was limited and so lacking in information and detail and the documentation was deficient and limited, the Adjudicator concluded that the EPR was engaged in terrorist activities rather than finding that the Minister had not discharged his burden of proof. The Federal Court of Appeal stressed the importance of providing findings of fact as to specific crimes against humanity which the refugee claimant is alleged to have committed. This need for specificity in the identification of acts of terrorism is illustrated in several judgments of this Court. Some findings of fact made by the Adjudicator must be set aside as either having no evidentiary basis or representing a misapprehension of the evidence, both errors falling within the ambit of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*. The evidence relating to hostage taking was barren of details and circumstances such that there was no credible evidence on the record which could nourish, in the Adjudicator's mind, a serious reason to believe that an act of terrorism had been committed on account of the kidnappings. It is not known whether such hostage taking was fact or fiction, who was kidnapped (military or civilian), how many kidnappings occurred and whether these kidnappings were disapproved by the EPR. For this reason, the Adjudicator's finding could not stand. It is trite law that an adjudicator can prefer documentary evidence over the testimony of a claimant, but he or she is bound to state in clear and unmistakable terms why the documentary evidence should be preferred over the applicant's testimony. In this case, the Adjudicator failed to do so.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 4.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, s. 4.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 83.01 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, being Sch. III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Article 4.

commun. Chacune de ces notions est distincte et joue un rôle propre en droit.

Il y a deux raisons principales pour lesquelles la décision de l'arbitre devait être annulée: 1) elle s'était écartée de la définition de «terrorisme» retenue par la Cour suprême du Canada, et 2) l'insuffisance de la preuve au soutien de la conclusion selon laquelle l'EPR se livrait à des actes de terrorisme, compte tenu que la norme de preuve est celle qui, sans être la probabilité la plus forte, suggère néanmoins la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi. Bien que la preuve de ce à quoi se livrait l'EPR fût restreinte et lacunaire dans son contenu et ses détails, et bien que la documentation fût lacunaire et limitée, l'arbitre a conclu que l'EPR se livrait à des activités terroristes, au lieu de dire que le ministre n'avait pas apporté la preuve requise. La Cour d'appel fédérale a souligné l'importance d'articuler les conclusions de fait, sur les crimes contre l'humanité que le demandeur était présumé avoir commis. Cette nécessité d'une désignation précise des actes de terrorisme est illustrée dans plusieurs jugements de cette Cour. Certaines conclusions de fait tirées par l'arbitre devaient être annulées parce qu'elles n'étaient pas fondées sur la preuve ou parce qu'elles attestaient une incompréhension de la preuve, deux erreurs qui entrent dans le champ de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La preuve se rapportant à la prise d'otages était dépourvue de détails et de circonstances de telle sorte qu'il n'existait dans le dossier aucune preuve crédible pouvant nourrir, dans l'esprit de l'arbitre, une raison sérieuse de croire qu'un acte de terrorisme avait résulté des enlèvements. On ne savait pas si cette prise d'otages était réelle ou imaginaire, qui avait été enlevé (un militaire ou un civil), combien d'enlèvements avaient eu lieu et si ces enlèvements avaient été condamnés par l'EPR. Pour cette raison, la conclusion de l'arbitre ne pouvait subsister. Il est bien établi en droit que l'arbitre peut préférer une preuve documentaire au témoignage d'un revendicateur, mais il doit expliquer, en des termes clairs et indubitables, pourquoi la preuve documentaire devrait être préférée au témoignage du demandeur. C'est ce que l'arbitre n'avait pas fait ici.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.01 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, qui est l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, Article 4.
Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1979, art. 1.
Convention internationale pour la répression des attentats

- Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Sch. I, II, III, IV, V (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), VI (as am. *idem*).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1)(c.2) (as am. by S.C. 1996, c. 19, s. 83), (e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (i) (as am. *idem*), (ii) (as am. *idem*), (iii) (as am. *idem*), (iv) (as am. *idem*), (A) (as am. *idem*), (B) (as am. *idem*), (C) (as am. *idem*), (f)(iii)(A) (as am. *idem*, s. 11), (B) (as am. *idem*), (g), (j) (as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 55), 20 (as am. *idem*, s. 12), 32.1(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12; S.C. 1992, c. 49, s. 23), 46.01(1)(e) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 53(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).
- International Convention Against the Taking of Hostages*, adopted by the General Assembly on December 17, 1979, Art. 1.
- International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, GA Res. 52/164, December 15, 1997, Arts. 1, 2.
- International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, GA Res. 54/109, 9 December 1999, Art. 2.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), Article 50.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II)*, being Sch. VI of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), Articles 4, 13.
- Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998).
- terroristes à l'explosif*, Rés. AG 52/164, 15 décembre 1997, arts. 1, 2.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, Rés. AG 54/109, 9 décembre 1999, art. 2.
- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 4.
- 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 les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, ann. I, II, III, IV, V (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), VI (mod., *idem*).
- Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1)(c.2) (mod. par L.C. 1996, ch. 19, art. 83), e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (i) (mod., *idem*), (ii) (mod., *idem*), (iii) (mod., *idem*), (iv) (mod., *idem*), (A) (mod., *idem*), (B) (mod., *idem*), (C) (mod., *idem*), f)(iii)(A) (mod., *idem*, art. 11), (B) (mod., *idem*), g), j) (mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 55), 20 (mod., *idem*, art. 12), 32.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 23), 46.01(1)e) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 53(1)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, qui est l'annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), Article 50.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, qui est l'annexe VI de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), Articles 4, 13.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. NU A/CONF. 183/9 (1998).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] 2 F.C. 592; (2000), 183 D.L.R. (4th) 629; 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); revd [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

APPLIED:

Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th)

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 2 C.F. 592; (2000), 183 D.L.R. (4th) 629; 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); infirmé [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R.

422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

REFERRED TO:

Suresh, Re (1997), 140 F.T.R. 88; 40 Imm. L.R. (2d) 247 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 183 (F.C.T.D.); *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); *McAllister v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 190; (1996), 108 F.T.R. 1 (T.D.); *Ikhlef (Re)* (2002), 223 F.T.R. 233 (F.C.T.D.); *Okyere-Akosah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 157 N.R. 387 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Chambers 20th Century Dictionary, edited by E. M. Kirkpatrick. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Adjudicator finding the applicant to be inadmissible for permanent residence in Canada under clause 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act* because there were reasonable grounds to believe that he was a member of an organization engaged in terrorism. Application allowed.

APPEARANCES:

Jack Martin for applicant.
Amina Riaz and *David W. Tyndale* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jack Martin, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

LEMIEUX J.:

(4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Suresh, Re (1997), 140 F.T.R. 88; 40 Imm. L.R. (2d) 247 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 183 (C.F. 1^{re} inst.); *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.); *McAllister c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 190; (1996), 108 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Ikhlef (Re)* (2002), 223 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.); *Okyere-Akosah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 157 N.R. 387 (C.A.F.).

DOCTRINE

Chambers 20th Century Dictionary, edited by E. M. Kirkpatrick. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'une arbitre qui avait conclu que le demandeur n'était pas admissible à la résidence permanente au Canada, en application de la division 19(1)f)(iii)(B) de la *Loi sur l'immigration*, parce qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il était membre d'une organisation qui se livrait au terrorisme. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Jack Martin pour le demandeur.
Amina Riaz et *David W. Tyndale* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jack Martin, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE LEMIEUX:

A. INTRODUCTION AND BACKGROUND

[1] Rogelio Cuevas Fuentes (the applicant), is a citizen of Mexico, who arrived in Canada in March of 1999, and immediately made a refugee claim alleging torture by the Mexican Army. He seeks to set aside the decision of Adjudicator Angela Martens, (the Adjudicator) dated February 29, 2000, who found him covered by clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the Act) which reads:

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

...

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

(A) acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, or

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest; [Emphasis mine.]

[2] When she made her decision, the Adjudicator had the benefit of the Federal Court of Appeal's decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592, at that time under leave to appeal to the Supreme Court of Canada [[2002] 1 S.C.R. 3]. The Act contains no definition of "terrorism" nor did the Federal Court of Appeal provide one taking the approach of identifying acts of terrorism. The Supreme Court of Canada innovated in providing such definition.

[3] As a result of the Adjudicator's decision, the applicant was inadmissible as an immigrant to Canada

A. INTRODUCTION ET RAPPEL DES FAITS

[1] Rogelio Cuevas Fuentes (le demandeur), de nationalité mexicaine, est arrivé au Canada en mars 1999 et a immédiatement revendiqué le statut de réfugié en alléguant avoir été victime de torture aux mains de l'armée mexicaine. Il voudrait que soit annulée la décision de l'arbitre Angela Martens (l'arbitre), datée du 29 février 2000, pour qui il était assujéti à la division 19(1)(f)(iii)(B) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la Loi), ainsi formulée:

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

[...]

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

[...]

(iii) soit 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:

(A) soit à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national; [Non souligné dans l'original.]

[2] Lorsqu'elle a rendu sa décision, l'arbitre avait l'avantage de pouvoir s'en rapporter à l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592, qui à l'époque faisait l'objet d'une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada [[2002] 1 R.C.S. 3]. La Loi ne renferme aucune définition de «terrorisme», et la Cour d'appel fédérale n'en a donné aucune, adoptant plutôt la méthode consistant à reconnaître les actes de terrorisme. La Cour suprême du Canada a innové en offrant une telle définition.

[3] En raison de la décision de l'arbitre, le demandeur n'était pas admissible, en tant qu'immigrant au Canada,

for permanent residence unless he satisfied the Minister that his admission would not be detrimental to the national interest. The second effect of that determination is to block under paragraph 46.01(1)(e) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the Act his refugee claim if the Minister determines it would be contrary to the public interest to have his claim determined under the Act. There is no evidence before me that proceedings seeking either ministerial decisions have taken place.

[4] The Adjudicator's decision was made in the context of a section 20 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 12] *Immigration Act* report, originally referring to a membership in an organization engaged in activities under clause 19(1)(f)(iii)(A) [as am. *idem*, s. 11], which was not pursued and instead, without amending the report, he was put on notice under clause 19(1)(f)(iii)(B).

[5] After finding, based on his admission he came to Canada to reside, since he did not have an immigration visa as requested by subsection 9(1) [as am. *idem*, s. 4] of the Act, Adjudicator Martens made a conditional departure order pursuant to subsection 32.1(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12; S.C. 1992, c. 49, s. 23] of the Act. She then went on to explore the issues surrounding his clause 19(1)(f)(iii)(B) inadmissibility and, after so finding, issued a second conditional deportation order against him.

[6] The Supreme Court of Canada rendered its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, *supra*, on January 11, 2002, and set out the following non exhaustive definition of terrorism taken from the United Nations *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism* [GA Res. 54/109, 9 December 1999] (the Convention) [at paragraph 98]:

... that "terrorism" in s. 19 of the Act includes any "act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act,

à la résidence permanente, à moins qu'il ne convainque le ministre que son admission ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. Le deuxième effet de la décision de l'arbitre était de bloquer, en application de l'alinéa 46.01(1)e) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la Loi, sa revendication du statut de réfugié si le ministre estimait qu'il serait contraire à l'intérêt public que sa revendication soit considérée selon la Loi. Il ne semble pas que des procédures aient été engagées en vue d'obtenir l'une ou l'autre des décisions ministérielles.

[4] La décision de l'arbitre avait été prise dans le contexte d'un rapport prévu à l'article 20 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 12] de la *Loi sur l'immigration*, rapport qui à l'origine parlait de l'appartenance à une organisation se livrant à des activités au sens de la division 19(1)f)(iii)(A) [mod., *idem*, art. 11], voie qui fut abandonnée, puisque la non-admissibilité du demandeur lui fut plutôt notifiée selon la division 19(1)f)(iii)(B), sans modification du rapport.

[5] Après sa décision, fondée sur l'aveu du demandeur selon lequel il était arrivé au Canada pour y résider, et puisqu'il n'avait pas un visa d'immigrant ainsi que le requiert le paragraphe 9(1) [mod., *idem*, art. 4] de la Loi, l'arbitre Martens a prononcé une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle en application du paragraphe 32.1(3) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 23] de la Loi. Puis elle a exploré les aspects entourant la non-admissibilité du demandeur selon la division 19(1)f)(iii)(B) et, ayant jugé qu'il n'était pas admissible, elle a prononcé contre lui une deuxième mesure d'expulsion conditionnelle.

[6] La Cour suprême du Canada a rendu le 11 janvier 2002 son arrêt dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, en donnant la définition suivante non limitative de «terrorisme», extraite de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme des Nations Unies* [Rés. AG 54/109, 9 décembre 1999] (la Convention) [au paragraphe 98]:

[. . .] que le terme «terrorisme» employé à l'art. 19 de la Loi inclut tout «acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque par sa

by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act". [Emphasis mine.]

[7] Also, three weeks before the Supreme Court of Canada's decision in *Suresh*, *supra*, Parliament enacted the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 having had the previous year enacted the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.

[8] The *Anti-terrorism Act*, enacted in response to the tragic events of September 11, 2001, contains a definition of "terrorist activity" in section 4 which enacts section 83.01 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985 c. C-46, which reads as follows:

83.01 (1) The following definitions apply in this Part.

...

"terrorist activity" means

(a) an act or omission that is committed in or outside Canada and that, if committed in Canada, is one of the following offences:

(i) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, signed at The Hague on December 16, 1970,

(ii) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation*, signed at Montreal on September 23, 1971,

(iii) the offences referred to in subsection 7(3) that implement the *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 14, 1973,

(iv) the offences referred to in subsection 7(3.1) that implement the *International Convention against the Taking of Hostages*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 17, 1979,

(v) the offences referred to in subsection 7(3.4) or (3.6) that implement the *Convention on the Physical Protection of Nuclear Material*, done at Vienna and New York on March 3, 1980,

nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque». [Non souligné dans l'original.]

[7] Également, trois semaines avant que soit rendu l'arrêt *Suresh*, le Parlement édictait la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, après avoir l'année précédente édicté la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.

[8] La *Loi antiterroriste*, édictée à la suite des événements tragiques du 11 septembre 2001, renferme une définition de l'expression «activité terroriste», à l'article 4 qui édicte l'article 83.01 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ainsi rédigé:

83.01 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[. . .]

«activité terroriste»

a) Soit un acte—action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger—qui, au Canada, constitue une des infractions suivantes:

(i) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en œuvre la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, signée à la Haye le 16 décembre 1970,

(ii) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en œuvre la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signée à Montréal le 23 septembre 1971,

(iii) les infractions visées au paragraphe 7(3) et mettant en œuvre la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1973,

(iv) les infractions visées au paragraphe 7(3.1) et mettant en œuvre la *Convention internationale contre la prise d'otages*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979,

(v) les infractions visées aux paragraphes 7(3.4) ou (3.6) et mettant en œuvre la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires*, conclue à New York et Vienne le 3 mars 1980,

- (vi) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation*, supplementary to the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation*, signed at Montreal on February 24, 1988,
- (vii) the offences referred to in subsection 7(2.1) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the safety of Maritime Navigation*, done at Rome on March 10, 1988,
- (viii) the offences referred to in subsection 7(2.1) or (2.2) that implement the *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*, done at Rome on March 10, 1988,
- (ix) the offences referred to in subsection 7(3.72) that implement the *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 15, 1997, and
- (x) the offences referred to in subsection 7(3.73) that implement the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 9, 1999, or
- (b) an act or omission, in or outside Canada,
- (i) that is committed
- (A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and
- (B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and
- (iii) that intentionally
- (A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence,
- (B) endangers a person's life,
- (C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public,
- (vi) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en œuvre le *Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale*, complémentaire à la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signé à Montréal le 24 février 1988,
- (vii) les infractions visées au paragraphe 7(2.1) et mettant en œuvre la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, conclue à Rome le 10 mars 1988,
- (viii) les infractions visées aux paragraphes 7(2.1) ou (2.2) et mettant en œuvre le *Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental*, conclu à Rome le 10 mars 1988,
- (ix) les infractions visées au paragraphe 7(3.72) et mettant en œuvre la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997,
- (x) les infractions visées au paragraphe 7(3.73) et mettant en œuvre la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999;
- b) soit un acte—action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger:
- (i) d'une part, commis à la fois:
- (A) au nom—exclusivement ou non—d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique, à
- (B) en vue—exclusivement ou non—d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada,
- (iii) d'autre part, qui intentionnellement selon le cas,:
- (A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence,
- (B) met en danger la vie d'une personne,
- (C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population,

(D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or

(E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C),

and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counselling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of international law. [Emphasis mine.]

[9] “Terrorist group” is defined in that subsection as follows:

83.01 (1) . . .

“terrorist group” means

(a) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity, or

(b) a listed entity,

and includes an association of such entities.

[10] The *Anti-terrorism Act* makes participation in a terrorist group or terrorist activities an indictable offence.

[11] The *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* implements Canada’s obligations under the *Rome Statute of the International Criminal Court* [U.N. Doc. A/Conf. 183/9 (1998)]. It contains the following definition of “crime against humanity” and “war crime [section 4]”:

4. . . .

(3) The definitions in this subsection apply in this section.

(D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu’il est probable que l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera,

(E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d’un désaccord ou d’un arrêt de travail qui n’ont pas pour but de provoquer l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C).

Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l’encouragement à la perpétration; il est entendu que sont exclus de la présente définition l’acte—action ou omission—commis au cours d’un conflit armé et conforme, au moment et au lieu de la perpétration, au droit international coutumier ou au droit international conventionnel applicable au conflit ainsi que les activités menées par les forces armées d’un État dans l’exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où ces activités sont régies par d’autres règles de droit international.

[9] L’expression «groupe terroriste» est définie ainsi dans le paragraphe:

83.01 (1) [. . .]

«groupe terroriste»

a) Soit une entité dont l’un des objets ou l’une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter;

b) soit une entité inscrite.

Est assimilé à un groupe terroriste un groupe ou une association formé de groupes terroristes au sens de la présente définition.

[10] La *Loi antiterroriste* fait de la participation à un groupe terroriste ou à des activités terroristes un acte criminel.

[11] La *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* donne effet aux obligations assumées par le Canada en vertu du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* [Doc. NU A/CONF. 183/9 (1998)]. Elle renferme la définition suivante de «crime contre l’humanité» et de «crime de guerre [article 4]»:

4. [. . .]

(3) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

...

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

[12] It is to be noted that a crime against humanity is not tied to the existence of an armed conflict while a war crime is.

[13] The applicant admitted he had been, for about a year, a combatant and then a second sergeant in Ejercito Popular Revolucionario (EPR) commonly known as the Peoples’ Revolutionary Army. EPR has also been described as the military wing of a political party known as Partido Democratico del Pueblo Revolucionario (PDPR).

[14] Having admitted past membership, the only issue before the Adjudicator was whether EPR was an organization that “there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorism”.

[15] Evidence of what EPR did when it carried on its operations came from two sources: (1) Mr. Fuentes, who was the only witness to testify (his testimony was very brief being examined only by the CPO [case presenting officer]. It covers only 10 pages of transcript, pages 463 to 473, (of the certified tribunal record) before the Adjudicator and the notes of the applicant’s joint interview with officers from CSIS and Citizenship and

«crime contre l’humanité» Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait—acte ou omission—inhumain, d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d’autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

[. . .]

«crime de guerre» Fait—acte ou omission—commis au cours d’un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

[12] Il convient de noter qu’un crime contre l’humanité n’est pas lié à l’existence d’un conflit armé, contrairement à un crime de guerre.

[13] Le demandeur a avoué avoir été, pendant environ un an, un combattant, puis un sergent en second dans l’Ejercito Popular Revolucionario (EPR), communément appelé l’Armée révolutionnaire du peuple. L’EPR a également été décrit comme l’aile militaire d’un parti politique appelé Partido Democratico del Pueblo Revolucionario (PDPR).

[14] Le demandeur ayant admis une appartenance passée, le seul point que devait décider l’arbitre était de savoir si l’EPR était une organisation «dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des actes de terrorisme».

[15] La preuve de ce que l’EPR faisait au cours de ses opérations venait de deux sources: 1) M. Fuentes, qui était l’unique témoin à déposer (son témoignage fut très bref, puisqu’il n’a été interrogé que par l’agent chargé de présenter les cas (ACPC). Il ne couvre que 10 pages de la transcription, soit les pages 463 à 473 (du dossier certifié du tribunal) devant l’arbitre, et les notes de l’entrevue conjointe du demandeur avec des

Immigration Canada (CIC); (2) documentary evidence presented by the CPO and by the applicant's counsel consisting of:

(i) a human rights information package prepared from among publicly available sources by the Research Directorate of the Immigration and Refugee Board (Exhibit 2); and

(ii) various reports by human rights organizations on Mexico.

B. THE ADJUDICATOR'S DECISION

[16] The Adjudicator did not make any adverse findings of credibility against the applicant.

[17] The Adjudicator embarked on her consideration whether there are reasonable grounds to believe the EPR is or was engaged in terrorism by stating:

I believe that I have to consider and decide in this regard whether there is credible and trustworthy evidence before this inquiry which establishes that there are reasonable grounds to believe that the EPR has committed acts or engaged in activities which are terrorist in nature, or which constitute terrorism. [Emphasis mine.]

[18] She observed there was no definition of terrorism in the Act, that it was generally acknowledged there was no standard or universally accepted definition of what constitutes terrorism and she knew of no decisions of higher courts "where a specific definition was attempted or which gave precise guidance as to what the boundaries of terrorist activities are".

[19] She referred to the Federal Court of Appeal's decision in *Suresh, supra*, and said the Court focussed on the activities of the LTTE and "specifically on violent actions perpetrated against civilian populations". She added:

In spite of this, however, I know of no law that would restrict an interpretation of terrorism to only actions against civilians. I believe that in this respect, it is the nature of the acts and activities that must be examined. [Emphasis mine.]

représentants du SCRS et de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC); 2) la preuve documentaire produite par l'ACPC et par l'avocat du demandeur, une preuve comprenant:

(i) une trousse d'information sur les droits de l'homme, préparée à partir de documents publics par la Direction de la recherche de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (pièce 2); et

(ii) divers rapports d'organisations des droits de l'homme sur le Mexique.

B. LA DÉCISION DE L'ARBITRE

[16] L'arbitre n'a pas dit que le demandeur n'était pas crédible.

[17] L'arbitre a entrepris d'examiner s'il existait des motifs raisonnables de croire que l'EPR se livrait ou s'était livré à des actes de terrorisme

[TRADUCTION] Je crois que je dois ici me demander et décider s'il existe dans cette enquête des éléments de preuve crédibles et dignes de foi établissant l'existence de motifs raisonnables qui permettent de croire que l'EPR a commis des actes ou s'est livré à des activités qui sont de nature terroriste ou qui constituent du terrorisme. [Non souligné dans l'original.]

[18] Elle a fait observer qu'il n'existait aucune définition de «terrorisme» dans la Loi, qu'il était généralement admis qu'il n'y avait pas de norme ou de définition universelle de ce en quoi constitue le terrorisme, et qu'elle n'avait connaissance d'aucune décision des tribunaux supérieurs [TRADUCTION] «offrant une définition de ce mot ou donnant des indications précises sur ce que sont les frontières des activités terroristes».

[19] Elle s'est référée à l'arrêt *Suresh* de la Cour d'appel fédérale, en ajoutant que la Cour s'était focalisée sur les activités des LTTE et «plus précisément sur les actes violents perpétrés contre les populations civiles». Elle a ajouté:

[TRADUCTION] Malgré cela cependant, je n'ai connaissance d'aucune règle limitant le sens du mot terrorisme aux seules actions commises contre des civils. Je crois que sur ce point c'est la nature des actes et des activités qu'il faut prendre en considération. [Non souligné dans l'original.]

[20] The Adjudicator examined dictionary definitions and noted the *Chambers 20th Century Dictionary* defined “terrorism” as “[A]n organized system of intimidation” and the *Concise Oxford Dictionary* defined the word “terrorist” as a word referring to a person “who uses or favours violent and intimidating methods of coercing a government or community”. She concluded on this point:

There are many dictionaries, and I believe there are many varying definitions of these terms containing many similarities and containing certain differences. I believe that, in general terms, a dictionary definition of terrorism is a limited one and defines terrorism as actions involving force and intimidation directed at governments or populations. I believe that definitions such as these are not conclusive or exhaustive of the matter. [Emphasis mine.]

[21] It was her view she had to focus on and consider the evidence “of the activities of this organization. . . . What I have to decide is whether the evidence provides reasonable grounds to believe that this organization did certain things, and if that is accepted, then to consider whether such activities constitute terrorism”. [Emphasis mine.]

[22] She then reviewed the evidence and commented on the documentary evidence presented by counsel for the applicant which “left me at some loss as to understand why these materials were presented”. She said these documents contained “very little information about the actual activities of the EPR” and that there was “some such information of a very limited nature, in general terms, to indicate that the EPR was an armed dissident group, using uniforms and weapons and military organisation” (emphasis mine). She stated these documents provided “no evidence to show that the human rights abuses extensively described were government policy” and that applicant’s counsel “did not attempt to argue that justification was a factor”. She noted the documents gave “considerable information about the activities of military and police in Mexico and about the extent to which these forces are seen by the general population as to be the same or similar”.

[20] L’arbitre, examinant les définitions des dictionnaires, a pris note de la définition de «terrorisme» donnée par le *Chambers 20th Century Dictionary*: [TRADUCTION] «un système organisé d’intimidation», ainsi que de la définition de «terroriste» donnée par le *Concise Oxford Dictionary*, pour qui ce mot s’entend d’une personne «qui utilise ou privilégie des méthodes fondées sur la violence et l’intimidation pour contraindre un gouvernement ou une collectivité à agir». Elle a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Il existe de nombreux dictionnaires, et je crois que les nombreuses définitions de ces mots comportent de nombreuses similitudes et certaines différences. Je crois que, en général, la définition de «terrorisme» donnée par les dictionnaires est une définition restreinte. Le terrorisme s’entend des actions qui font appel à la force et à l’intimidation à l’encontre de gouvernements ou de populations. Je crois que des définitions comme celles-ci ne sont ni concluantes ni exhaustives. [Non souligné dans l’original.]

[21] Selon elle, elle devait se focaliser sur la preuve «des activités de cette organisation. [. . .] Je dois me demander si la preuve donne des motifs raisonnables de croire que cette organisation a fait certaines choses et, si tel est le cas, je dois alors me demander si telles activités relèvent du terrorisme». [Non souligné dans l’original.]

[22] Elle a ensuite examiné la preuve et s’est exprimée sur la preuve documentaire produite par l’avocat du demandeur, preuve qui «ne m’a pas permis de comprendre pourquoi ces documents ont été produits». Elle a dit que les documents en question renfermaient «très peu d’information sur les activités réelles de l’EPR» et qu’il existait «certains renseignements du genre, souvent de portée très restreinte, selon lesquels l’EPR était un groupe armé dissident, qui utilisait des uniformes, des armes et une organisation militaire» (non souligné dans l’original). Elle a indiqué que ces documents n’offraient «aucune preuve tendant à montrer que les abus abondamment décrits en matière de droits de l’homme représentaient la politique officielle» et que l’avocat du demandeur «n’a pas cherché à soutenir que la justification était un facteur». Elle a relevé que les documents donnaient «des renseignements considérables sur les activités de l’armée et de la police au Mexique,

[23] She drew upon the applicant's testimony. It was to the effect "that the EPR engaged in military activity with a political goal . . . that the organisation engaged in armed attacks against army and police . . . that persons were, on occasion, killed on both sides of the conflict." (Emphasis mine.) She noted his testimony EPR was illegal and they possessed weapons which were also illegal.

[24] She then reviewed the notes prepared by the immigration officer in the joint interview by officers of CSIS and CIC where the applicant indicated EPR:

. . . watched the comings and goings of the military, that they observed the movements of the military, that they did this to watch and wait for an opportunity to attack the military. He also testified about the types of weapons, and he also stated that certain threats were made against government or public officials. He said that this was not done directly, but was done in newspapers—through newspapers. [Emphasis mine.]

[25] The Adjudicator then turned to Exhibit 2, the human rights package introduced by the CPO, which she found gave the most information about the activities of the EPR and summarized it in the following terms:

This document states again that the EPR was or is a well armed group, that it carried out attacks against various targets, that it used violent tactics, more violent than certain other groups with similar aims or goals. The document states that the EPR carried out so-called hit-and-run strategy of armed attacks against police stations, military installations and government buildings. This report refers to casualties numbering 96 on one occasion, numbers of attacks, numbers of persons killed or injured, on one occasion referring to a week-long series of attacks against military and police targets during which at least six policemen were killed. [Emphasis mine.]

[26] The Adjudicator was also critical of Exhibit 2 which she said:

ainsi que sur la mesure dans laquelle ces forces sont jugées semblables ou similaires par la population en général».

[23] Elle a fait appel au témoignage du demandeur. Selon ce témoignage, «l'EPR se livrait à des activités militaires dans un dessein politique [. . .] l'organisation se livrait à des attaques armées contre l'armée et la police [. . .] des personnes étaient parfois tuées dans les deux camps». (Non souligné dans l'original.) Elle a relevé que, selon le témoignage du demandeur, l'EPR était illégal et possédait des armes qui elles aussi étaient illégales.

[24] Elle a ensuite examiné les notes rédigées par l'agent d'immigration au cours de l'entrevue conjointe organisée par les représentants du SCRS et de CIC, entrevue durant laquelle le demandeur a mentionné que l'EPR:

[TRADUCTION] [. . .] observait les allées et venues des militaires, observait les mouvements de l'armée, guettant le moment propice pour passer à l'attaque. Il a aussi témoigné à propos des genres d'armes, et il a aussi déclaré que certaines menaces étaient proférées contre le gouvernement ou contre des fonctionnaires. Il a dit que cela n'était pas fait directement, mais par l'entremise des journaux. [Non souligné dans l'original.]

[25] L'arbitre a ensuite examiné la pièce 2, la trousse relative aux droits de l'homme déposée par l'ACPC. Elle a trouvé que cette pièce était la plus informative sur les activités de l'EPR, et elle l'a résumée ainsi:

[TRADUCTION] Ce document mentionne encore une fois que l'EPR était ou est un groupe très bien armé, qu'il s'est livré à des attaques contre diverses cibles, qu'il a usé de tactiques violentes, plus violentes que certains autres groupes ayant des objectifs similaires. Le document mentionne que l'EPR a mis à exécution une stratégie dite de raids éclairs, qui consiste à mener des attaques armées contre des postes de police, des installations militaires et des édifices gouvernementaux. Ce rapport fait état de pertes humaines qui à une occasion se sont chiffrées à 96, d'un certain nombre d'attaques, d'un certain nombre de personnes tuées ou blessées, en mentionnant à une occasion une série d'attaques d'une durée d'une semaine menées contre des cibles militaires et policières, au cours desquelles au moins six policiers furent tués. [Non souligné dans l'original.]

[26] L'arbitre s'est également montrée critique à l'endroit de la pièce 2, qui selon elle:

... is a document which certainly is deficient in many respects. Counsel, in his arguments, pointed out the limits—how limited the information is which is provided in it. I cannot disagree about that. Nevertheless, in its substance, I accept it as credible and trustworthy evidence within its limits, and limited though it may be, concerning the activities of this organisation. [Emphasis mine.]

[27] She concluded:

The totality of the evidence indicates that the EPR was, perhaps still is, an illegal armed guerrilla-type insurgent group attempting to achieve certain political and social aims which carried out surprise, hit-and-run armed attacks against various targets, military, police, and government targets. [Emphasis mine.]

[28] The Adjudicator did not accept the applicant's argument a civil war or a state of war existed and EPR's activities should be examined in that context, i.e. "that what was taking place were acts of war, that they were military confrontations". She did so for the following reason:

My conclusion is that the type of surprise armed attacks which have been described in the evidence at this Inquiry are not the same as simple military confrontations, and I believe that they can be considered terrorist activity and should be so described in the present case. [Emphasis mine.]

[29] Adjudicator Martens then reviewed some evidence which she found "indicate that the activities of the EPR were more extensive than the confrontations or the attacks just referred to".

[30] She mentioned again "media threats or threats in the newspapers against government officials".

[31] She noted evidence showed "attacks not only on military installations, but against the police forces" commenting "no matter how much the police forces in Mexico may now be associated with the military, I don't believe that it should be concluded that they are one and the same force entirely in all respects. I don't think they

[TRADUCTION] [. . .] est un document qui est certainement lacunaire à maints égards. Dans son argumentation, l'avocat a fait ressortir les limites de l'information qui y figure. Je ne suis pas en désaccord avec cette observation. Néanmoins, dans sa substance, je considère qu'il s'agit là d'une preuve crédible et digne de foi, si limitée qu'elle puisse être, concernant les activités de cette organisation. [Non souligné dans l'original.]

[27] Puis elle a conclu ainsi:

[TRADUCTION] L'ensemble de la preuve montre que l'EPR était, et est peut-être encore, un groupe insurrectionnel armé illégal, du genre guérilla, qui tente d'atteindre certains buts politiques et sociaux et qui pour cela s'est livré à des attaques armées éclairs et à des attaques surprises contre diverses cibles, militaires, policières et gouvernementales. [Non souligné dans l'original.]

[28] L'arbitre n'a pas accepté l'argument du demandeur pour qui il existait une guerre civile ou un état de guerre, et pour qui les activités de l'EPR devraient être examinées dans ce contexte, c'est-à-dire «que ce qui se déroulait, c'était des actes de guerre, c'était des affrontements militaires». Elle n'a pas accepté cet argument, pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Ma conclusion est que les attaques armées menées par surprise qui ont été décrites dans les témoignages produits durant cette enquête ne sont pas la même chose que de simples affrontements militaires, et je crois qu'on peut les considérer comme des activités terroristes et qu'on devrait les décrire ainsi dans la présente affaire. [Non souligné dans l'original.]

[29] L'arbitre Martens a ensuite passé en revue certains éléments de preuve qui, selon elle, «montrent que les activités de l'EPR étaient plus étendues que les affrontements ou les attaques qui viennent d'être évoqués».

[30] Elle a de nouveau fait état des «menaces insérées dans les médias, ou dans les journaux, proférées à l'encontre de hauts fonctionnaires».

[31] Elle a relevé que la preuve faisait état «d'attaques non seulement contre des installations militaires, mais contre les forces policières», ajoutant que «quelle que soit la mesure dans laquelle les forces policières du Mexique peuvent aujourd'hui être associées à l'armée, je ne crois pas que l'on puisse conclure qu'il s'agit à tous

can be considered soldiers on the field for all purposes”.

[32] She noted there was reference to attacks on government buildings but cautioned:

The evidence being so lacking in information and detail, we don't know what more may have been involved. [Emphasis mine.]

[33] Finally, she turned again to Exhibit 2 for evidence the EPR carried out kidnappings to finance its operations. She indicated the applicant denied this was true and testified his superior officers had told him this was not true. She referred to his further testimony that he himself had not been involved in fundraising and he did not, in fact, know how funds were raised for this organization. She concluded without more:

On the basis of Exhibit 2 and having considered Mr. Cuevas' [*sic*] testimony, I believe there are reasonable grounds to believe that there were kidnappings to raise funds for the organisation.

D. ANALYSIS

(1) The Supreme Court of Canada teaching in *Suresh*

[34] The Supreme Court of Canada's discussion of terrorism is contained in paragraphs 93 to 99 of its decision. The Court made it clear in paragraph 93 it did not seek to define terrorism exhaustively “a notoriously difficult endeavour” holding the term provided sufficient basis for adjudication and was not inherently ambiguous “even if the full meaning . . . must be determined on an incremental basis” adopting the words of Justice Robertson who wrote the Federal Court of Appeal's reasons in the *Suresh* case.

[35] The Court at paragraph 94 acknowledged there was no authoritative definition of “terrorism”, the Act did not define it and no single definition is accepted internationally. It noted the absence of an authoritative definition meant “that at least at the margins” the term is

égard de la même et unique force. Je ne crois pas que l'on puisse les considérer à toutes fins comme des soldats en campagne».

[32] Elle a relevé que l'on faisait état d'attaques menées contre des édifices gouvernementaux, mais a fait cette mise en garde:

[TRADUCTION] La preuve étant si lacunaire dans son contenu et dans ses détails, nous ne savons pas ce qui a pu se produire d'autre. [Non souligné dans l'original.]

[33] Finalement, l'arbitre est revenue sur la pièce 2 selon laquelle l'EPR avait commis des enlèvements pour financer ses opérations. Elle a indiqué que le demandeur avait nié que cela fût vrai et avait témoigné que sa hiérarchie lui avait dit que ce n'était pas vrai. Elle s'est référée à son témoignage additionnel selon lequel il n'avait pas lui-même participé à des opérations de financement et selon lequel il ne savait pas en réalité de quelle manière des fonds étaient recueillis pour cette organisation. Elle a, sans plus, conclu ainsi:

[TRADUCTION] Eu égard à la pièce 2, et après examen du témoignage de M. Cuevas [*sic*], je crois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des enlèvements ont été perpétrés pour financer l'organisation.

D. ANALYSE

1) Ce qu'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*

[34] Les propos de la Cour suprême du Canada concernant le terrorisme figurent aux paragraphes 93 à 99 de son arrêt. La Cour a souligné, au paragraphe 93, qu'elle n'entendait pas définir le terrorisme d'une manière exhaustive—«[une] tâche notoirement difficile»—affirmant que ce mot fournissait un fondement suffisant pour qu'une décision soit rendue et qu'il n'est pas ambigu en soi «même si toute [s]a portée [. . .] doit être établie progressivement». La Cour suprême reprenait ici les mots employés par le juge Robertson, qui avait rédigé les motifs de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Suresh*.

[35] Au paragraphe 94, la Cour suprême reconnaissait qu'il n'existait pas une définition du «terrorisme», qui fait autorité que la Loi ne définissait pas ce terme et qu'aucune définition précise n'était reconnue au niveau international. Elle a relevé que l'absence d'une décision

open “to politicized manipulation, conjecture and polemical interpretation”. It quoted an author as viewing the term “terrorism” as somewhat “Humpty Dumpty—anything we choose it to be” and another author (at paragraph 95) stating “that one state considers terrorism, another may consider as a valid exercise of resistance”.

[36] The Court turned to the Convention and noted it approached the problem of what terrorism is in two ways: a functional definition and a stipulative definition. The functional approach consists of defining terrorism by reference [at paragraph 97] “to specific acts of violence (e.g. ‘hijacking, hostage taking and terrorist bombing’)” spelled out in the Convention’s annexed list of treaties which the Supreme Court said [at paragraph 96] “that are commonly viewed as relating to terrorist acts”. Those treaties are listed in paragraph 83.01(1)(a) of the *Anti-terrorism Act* which now makes Convention offences, offences under Canadian law.

[37] One of the annexed treaties is the *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings* adopted by the General Assembly of the United Nations on December 15, 1997. Its Article 2 reads:

Article 2

1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally delivers, places, discharges or detonates an explosive or other lethal device in, into or against a place of public use, a State or government facility, a public transportation system or an infrastructure facility:

(a) With the intent to cause death or serious bodily injury; or

(b) With the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, where such destruction results in or is likely to result in major economic loss.

[38] In that Convention [Article 1], “place of public use” is defined to mean “those parts of any building,

faisant autorité signifiait que, «du moins dans les cas limites», le terme se prête «aux manipulations à des fins politiques, aux conjectures et aux interprétations polémiques». Elle a cité un auteur pour qui le terme «terrorisme» est «assez malléable—il désigne ce que l’on veut», et un autre auteur (au paragraphe 95) affirmant que «[u]n même acte peut être considéré comme un acte de terrorisme pas un État et comme un acte de résistance légitime par un autre».

[36] La Cour suprême, se tournant alors vers la Convention, a relevé qu’elle abordait selon deux méthodes le problème de la définition du terrorisme: une méthode fonctionnelle et une méthode stipulative. La méthode fonctionnelle consiste à définir le terrorisme par référence [au paragraphe 97] à des actes de violence précis (par exemple [TRADUCTION] “le détournement d’avion, la prise d’otages et l’attentat terroriste à l’explosif”), énoncés dans l’annexe de la Convention énumérant les traités que, selon la Cour suprême [au paragraphe 96], «l’on considère habituellement comme concernant les actes de terrorisme». Ces traités sont énumérés à l’alinéa 83.01(1)a) de la *Loi antiterroriste*, qui aujourd’hui qualifie d’infractions selon le droit canadien les infractions prévues par la Convention.

[37] L’un des traités annexés est la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l’explosif*, une Convention adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997. Son article 2 est ainsi rédigé:

Article 2

1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure:

a) dans l’intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves; ou

b) dans l’intention de causer des destructions massives de ce lieu, de cette installation, de ce système ou de cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d’entraîner des pertes économiques considérables.

[38] Dans cette Convention [à l’article premier], l’expression «lieu public» est définie ainsi: «s’entend des

land, street, waterway or other location that are accessible or open to members of the public, whether continuously, periodically or occasionally, and encompasses any commercial, business, cultural, historical, educational, religious, governmental, entertainment, recreational or similar place that is so accessible or open to the public”.

[39] Another annexed Treaty is the *International Convention Against the Taking of Hostages* adopted by the General Assembly on December 17, 1979, and in force on June 3, 1983. Its Article 1 reads:

Article 1

1. Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (hereinafter referred to as the “hostage”) in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages (“hostage-taking”) within the meaning of this Convention.

[40] The Supreme Court of Canada expressed, as previously noted, the stipulative definition of terrorism by reference to Article 2 of the Convention which defines terrorism as:

Article 2

...

(b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

[41] The Court analysed the advantages and disadvantages of each approach noting the functional approach referencing specific acts of violence had received strong support but it expressed the view at paragraph 97:

While we are not unaware of the danger that the term “terrorism” may be manipulated, we are not persuaded that it

parties de tout bâtiment, terrain, voie publique, cours d’eau, et autre endroit qui sont accessibles ou ouvertes au public, de façon continue, périodique ou occasionnelle, et comprend tout lieu à usage commercial, culturel, historique, éducatif, religieux, officiel, ludique, récréatif ou autre qui est ainsi accessible ou ouvert au public».

[39] Un autre traité annexé est la *Convention internationale contre la prise d’otages*, adoptée par l’Assemblée générale le 17 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 juin 1983. Son article premier est ainsi rédigé:

Article 1

1. Commet l’infraction de prise d’otages au sens de la Convention, quiconque s’empare d’une personne (ci-après dénommée «otage»), ou la détient et menace de la tuer, de la blesser ou de continuer à la détenir afin de contraindre une tierce partie, à savoir un État, une organisation internationale intergouvernementale, une personne physique ou morale ou un groupe de personnes, à accomplir un acte quelconque ou à s’en abstenir en tant que condition explicite ou implicite de la libération de l’otage.

[40] Comme on l’a dit plus haut, la Cour suprême du Canada a donné la définition stipulative du terrorisme par référence à l’article 2 de la Convention, qui définit ainsi le terrorisme:

Article 2

[. . .]

b) Tout acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque.

[41] La Cour a analysé les avantages et les inconvénients de chaque méthode, en faisant observer que la méthode fonctionnelle, qui parle d’actes de violence précis, avait bénéficié d’un fort appui, mais elle a exprimé l’avis suivant, au paragraphe 97:

Nous sommes conscients que le terme «terrorisme» se prête à la manipulation, mais nous ne sommes pas persuadés qu’il est

is necessary or advisable to altogether eschew a stipulative definition of the term in favour of a list that may change over time and that may in the end necessitate distinguishing some (proscribed) acts from other (non-prescribed) acts by reliance on a term like “terrorism”. [Emphasis mine.]

[42] The Court, *per curiam*, concluded at paragraph 98 as follows:

. . .that “terrorism” in s. 19 of the Act includes any “act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act”. This definition catches the essence of what the world understands by “terrorism”. Particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement. Parliament is not prevented from adopting more detailed or different definitions of terrorism. [Emphasis mine.]

[43] In his reasons for the Federal Court of Appeal’s decision, Justice Robertson in *Suresh, supra*, referred to Justice Teitelbaum’s decision *Suresh, Re* (1997), 140 F.T.R. 88 (F.C.T.D.), upholding the reasonableness of a certificate issued by the Minister of Citizenship and Immigration that Mr. Suresh was a person described in three of the inadmissible classes found within section 19 of the *Immigration Act*. Justice Robertson [at paragraph 38] extracted the following from Justice Teitelbaum’s reasons [paragraphs 30-32]:

I do not intend to list the incidents the LTTE is said to have committed. One need only refer to Appendix “B” where some 140 incidents are mentioned starting with the alleged LTTE’s assassination of Alfred Duraipah, the pro-government mayor of Jaffna on July 27, 1975 to the incident on September 10, 1995 when the LTTE is alleged to have killed seven soldiers who, it is alleged, were part of a road clearing patrol.

Witnesses called by Suresh denied most of these incidents as being “terrorist” in nature as, it is alleged, the LTTE can be considered freedom fighters, and therefore have the “right” to shoot at soldiers or persons who do not support the LTTE and

nécessaire ou souhaitable d’écarter d’emblée toute définition stipulative au profit d’une énumération susceptible de changer avec le temps et de nécessiter, en fin de compte, que l’on distingue certains actes (proscrits) d’autres actes (non proscrits) en employant un terme comme «terrorisme». [Non souligné dans l’original.]

[42] La Cour, à l’unanimité, a conclu ainsi, au paragraphe 98:

[. . .] que le terme «terrorisme» employé à l’art. 19 de la Loi inclut tout «acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque». Cette définition traduit bien ce que l’on entend essentiellement par «terrorisme» à l’échelle internationale. Des situations particulières, à la limite de l’activité terroriste, susciteront inévitablement des désaccords. Le législateur peut toujours adopter une définition différente ou plus détaillée du terrorisme. [Non souligné dans l’original.]

[43] Exposant ses motifs pour la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Suresh*, le juge Robertson s’était référé à la décision du juge Teitelbaum *Suresh, Re* (1997), 140 F.T.R. 88 (C.F. 1^{re} inst.), qui avait confirmé le caractère raisonnable d’un certificat délivré par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, certificat selon lequel M. Suresh était une personne à laquelle s’appliquaient trois des catégories non admissibles indiquées dans l’article 19 de la *Loi sur l’immigration*. Le juge Robertson [au paragraphe 38] avait extrait le passage suivant des motifs du juge Teitelbaum [aux paragraphes 30 à 32]:

Je n’ai pas l’intention d’énumérer les incidents concernant des actes que les LTTE auraient commis. Il n’y a qu’à se reporter à l’annexe B où sont énumérés quelque cent quarante incidents, qu’il s’agisse de l’assassinat du maire progouvernement de Jaffna, Alfred Duraipah, survenu le 27 juillet 1975 et vraisemblablement perpétré par les LTTE, ou de l’incident survenu le 10 septembre 1995 et au cours duquel les LTTE auraient tué sept soldats qui, semble-t-il, faisaient partie d’une patrouille d’ouverture de routes.

Des témoins cités par M. Suresh ont nié le caractère «terroriste» de la plupart de ces incidents étant donné que les LTTE peuvent, selon eux, être considérés comme des combattants de la liberté et, partant, ont le «droit» de tirer sur

their aims.

With respect, I disagree. Even if it were so, the LTTE's assassination of the mayor of Jaffna on July 27, 1975 solely on the basis of his pro-government leaning is to me an act that one may consider "terrorist" in nature. The execution of a police constable on February 14, 1977 gives rise to a reasonable conclusion that a "terrorist act" has taken place. The shooting of a member of Parliament, who later died, is a "terrorist act". The blowing up of a civilian aircraft is a "terrorist act". Attacks on civilians are as I have said "terrorist acts" whether the attack is on a fishing village or on farms. The May 16, 1985 LTTE attack and massacre where 138 to 146 civilians at Anuradhapura in Sri Lanka were killed can be considered a "terrorist act".

[44] Justice Robertson then, at paragraph 39 of his reasons for judgment, quotes an extract from Justice McKeown's reasons for judgment as evidence which qualifies as evidence of terrorist acts committed by the LTTE. Justice McKeown, in his judgment at (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 183, dismissed Mr. Suresh's application for judicial review challenging the Minister of Citizenship and Immigration's opinion under paragraph 53(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] of the *Immigration Act*:

McKeown J. in his reasons for judgment [at paragraphs 31-33, pages 198-199] also refers to evidence which qualifies as evidence of terrorist acts committed by the LTTE:

The applicant made submissions before the Minister and before Teitelbaum J. that the LTTE is a movement fighting for self-determination. However, the documentary evidence submitted by the applicant himself suggested otherwise. It referred to the LTTE being involved in the biggest bomb attack in Colombo in 1996, in which explosives were driven into the Central Bank, killing "some 100 persons" and injuring over 1,200.

In the U.S. Department of State "Sri Lanka Country Report on Human Rights Practices for 1996" (hereinafter "U.S.D.O.S. Report"), submitted by the applicant, there is reference to the LTTE killing 14 Sinhalese villagers in the Puttalam district and murdering 11 Sinhalese travellers in an ambush on a bus in the Ampara district. The materials submitted by the applicant also stated that the LTTE was "reported to have conducted executions of suspected government informers, and have engaged in massacres and retaliatory killings of Sinhalese and

des soldats ou des personnes qui n'appuient pas cette organisation ou ses objectifs.

Il ne me paraît pas possible de partager cet avis. Même si c'était le cas, l'assassinat du maire de Jaffna par les LTTE le 27 juillet 1975 pour la seule raison qu'il avait des tendances progouvernementales me paraît être un acte qu'on peut considérer comme du «terrorisme». L'exécution d'un agent de la paix le 14 février 1977 permet raisonnablement de conclure qu'un «acte de terrorisme» a été commis. Le meurtre d'un député est un «acte de terrorisme». La destruction par explosion d'un avion civil est un «acte de terrorisme». Des attentats commis contre des civils sont, comme je l'ai dit, des «actes de terrorisme», peu importe que la cible soit un village de pêcheurs ou des fermes. L'attentat commis le 16 mai 1985 à Anuradhapura au Sri Lanka, au cours duquel entre cent trente-huit et cent quarante-six civils ont été massacrés et tués, peut être considéré comme un «acte de terrorisme».

[44] Puis, au paragraphe 39 de ses motifs, le juge Robertson reprend un passage des motifs du juge McKeown qui fait état d'éléments de preuve établissant que les LTTE ont commis des actes de terrorisme. Dans son jugement, publié à (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 183, le juge McKeown avait rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Suresh, qui contestait la décision prise par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'alinéa 53(1)(b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de la *Loi sur l'immigration*:

Le juge McKeown mentionne aussi dans ses motifs des éléments de preuve qui établissent que les LTTE ont commis des actes de terrorisme [aux paragraphes 31 à 33, pages 198 et 199]:

Le demandeur a soutenu tant devant le ministre que devant le juge Teitelbaum que les LTTE sont un mouvement qui lutte pour l'auto-détermination du peuple tamoul. Or, les éléments de preuve documentaire soumis par le demandeur lui-même donnent à penser le contraire. Suivant ces éléments de preuve, les LTTE auraient été impliqués dans le pire attentat à la bombe qui a eu lieu à Colombo en 1996 et au cours duquel des explosifs ont été lancés dans la Banque centrale, tuant une centaine de personnes et en blessant plus de 1 200.

Dans le Sri Lanka Country Report on Human Rights Practices for 1996 du département d'État américain (le rapport du département d'État américain) que le demandeur a soumis, il est fait mention de l'exécution par les LTTE de 14 villageois cinghalais de la région de Puttalam et du meurtre par les LTTE de 11 voyageurs cinghalais dans une embuscade tendue à un autocar dans la région d'Ampara. Dans les documents que le demandeur a soumis, il est également affirmé que les LTTE auraient [TRADUCTION] «procédé à l'exécution de personnes

Muslim villagers, torture and mistreatment of prisoners, forced conscription of children, and kidnapping". The LTTE engages in intimidation by way of lamppost killings.

The LTTE denies the people under its authority the right to change their government. It does not tolerate freedom of expression. It does not respect academic freedom. Tamils who do not support the LTTE are subjected to human rights abuses.

[45] Justice Robertson concluded at paragraph 40 as follows:

In short, there is sufficient and conclusive evidence that the LTTE engages in indiscriminate killing and torture of innocent civilians amounting to what are classified under international law as "crimes against humanity". I hasten to add that this was firmly established by this Court as early as 1994 in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.). [Emphasis mine.]

[46] The Supreme Court of Canada had no difficulty in finding the LTTE a terrorist organization because it had engaged in terrorist activities (see paragraph 109).

(2) What the evidence shows here

[47] I reviewed the transcript and the documentary evidence contained in the Tribunal's certified record. The applicant, in his memorandum, conveniently summarized that evidence in a manner which I believe accurately reflects that evidence. I quote from the applicant's memorandum:

7. After his arrival, the claimant was interviewed jointly by CSIS and Canada Immigration. The evidence concerning the applicant's activities on behalf of EPR come from that interview and from his examination by the CPO at the inquiry.

8. The applicant said that he had been a member of the PDPR (Por la republica democratic popular) and its armed wing, the EPR (Ejercito Popular Revolucionario) for a year before he was abducted and imprisoned by Mexican military intelligence and detained by them in Acapulco and Mexico City for one year, two months and 23 days. While in the EPR, he started as a combatant, and later was a second sergeant. During his

soupçonnées d'être des informateurs du gouvernement et se seraient livrés à des massacres et à des assassinats de villageois cinghalais musulmans à titre de mesure de représailles, auraient torturé et maltraité des prisonniers, auraient enrôlé de force des enfants et auraient procédé à des enlèvements». Les LTTE font de l'intimidation en procédant à des exécutions en public.

Les LTTE refusent aux gens qui sont assujettis à leur pouvoir le droit de changer de gouvernement. Ils ne tolèrent pas la liberté d'expression. Ils ne respectent pas la liberté de l'enseignement. Les Tamouls qui n'appuient pas les LTTE font l'objet de violation des droits de la personne.

[45] Le juge Robertson avait conclu ainsi, au paragraphe 40:

En résumé, il existe une preuve suffisante et concluante que les LTTE tuent et torturent des civils innocents au hasard, commettant ainsi des actes que le droit international considère comme des «crimes contre l'humanité. Je m'empresse d'ajouter que la Cour l'a établi catégoriquement dès 1994, dans l'arrêt *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.). [Non souligné dans l'original.]

[46] La Cour suprême du Canada n'a eu aucune difficulté à dire que les LTTE étaient une organisation terroriste parce qu'ils s'étaient livrés à des activités terroristes (voir paragraphe 109).

2) Ce que la preuve révèle ici

[47] J'ai examiné la transcription et la preuve documentaire figurant dans le dossier certifié du tribunal. Dans son mémoire, le demandeur a commodément résumé cette preuve d'une manière qui, je crois, en reflète fidèlement le contenu. Je reproduis le passage suivant du mémoire du demandeur:

[TRADUCTION] 7. Après son arrivée, le revendicateur a été interrogé simultanément par le SCRS et par Immigration Canada. La preuve relative aux activités exercées par le demandeur au nom de l'EPR vient de cette entrevue ainsi que de l'interrogatoire du revendicateur conduit par l'ACPC durant l'enquête.

8. Le demandeur a dit qu'il avait été membre du PDPR (Por la republica democratic popular) et de son aile armée, l'EPR (Ejercito Popular Revolucionario) pendant une année avant qu'il ne soit enlevé et emprisonné par le renseignement militaire mexicain, et détenu par lui à Acapulco et à Mexico pendant un an, deux mois et 23 jours. Pendant qu'il était membre de l'EPR, il avait débuté comme combattant, puis était

captivity, he was beaten and tortured. While he was imprisoned he could hear other members being interrogated and tortured. He was released on August 27, 1998. After his release, he did not maintain his contacts with the group.

9. He said that the EPR was involved in military activities, but with a political goal. He described the objectives of the PDPR and EPR as being to take over the government and establish a democratic country.

10. He was asked if the PDPR ever made any threats against government representatives. He said not against anyone in particular and not directly; they would print things in the newspapers. He was asked what sort of military activities the EPR was involved in. He said it was to respond by self-defence to acts of repression and torture and disappearances perpetrated by the Mexican army. He said that in certain zones, when there was excessive repression, the party would send communiques to the media to put a stop to the repression to begin by trying to obtain goals by peaceful means. If the repression did not stop, then the organization would respond by armed attacks on the "companies" which he said meant the army and the police.

11. He said that the EPR would get orders from the PDPR, and that those would include military strategies: watching the comings and goings of the military. He said that there are different areas in small towns where aboriginal peoples were harassed by the military. The EPR, therefore, would watch and wait for an opportunity to attack the military zone so that they would stop bothering the people. He said that during his membership he knew of about 10 such attacks, but that there were other confrontations. Of the 10, he participated as a driver on two occasions. He said that he did not personally participate in those attacks. His task was to take his comrades to the zone where there was activity and the *[sic]* to pick them up. He said that the incidents he was involved in took place in Cuacalco in the State of Mexico and at Naucalpan. He said that during the two attacks, one person was killed, in an attack which took place to stop the repression.

12. He said that the EPR was also involved in activities in solidarity with the people, including providing clothing, teachers and doctors for the people.

13. He said that to his knowledge the organization was not involved in kidnappings. He said that he did not know where the organization got its money, but that the organization had a very wide social base from which it got funds, but he did not know the particulars.

devenu sergent en second. Durant sa captivité, il avait été battu et torturé. Durant son emprisonnement, il pouvait entendre d'autres membres qui étaient interrogés et torturés. Il a été libéré le 27 août 1998. Après sa libération, il a rompu ses liens avec le groupe.

9. Il a dit que l'EPR se livrait à des activités militaires, mais dans un but politique. Selon lui, les objectifs du PDPR et de l'EPR étaient de prendre le contrôle du gouvernement et d'établir un pays démocratique.

10. On lui a demandé si le PDPR avait jamais proféré des menaces contre des représentants du gouvernement. Il a dit «pas contre quelqu'un en particulier et pas directement; le PDPR publiait des choses dans les journaux. On lui a demandé à quels genres d'activités militaires se livrait l'EPR. Il a dit que c'était pour réagir en autodéfense à des actes de répression et de torture et à des disparitions dont l'armée mexicaine était l'auteur. Il a dit que, dans certaines zones, lorsque la répression était excessive, le parti envoyait des communiqués aux médias afin de faire cesser la répression, en essayant d'abord d'atteindre ses buts par des moyens pacifiques. Si la répression ne cessait pas, alors l'organisation répondait par des attaques armées sur les «compagnies», mot qui, selon le demandeur, signifiait l'armée et la police.

11. Il a dit que l'EPR obtenait ses ordres du PDPR et que les ordres englobaient des stratégies militaires: il s'agissait de surveiller les allées et venues des militaires. Il a dit que, dans certains secteurs des petites localités, les populations autochtones étaient harcelées par l'armée. L'EPR effectuait donc une surveillance et attendait l'occasion d'attaquer la zone militaire pour que l'armée cesse d'ennuyer la population. Il a dit que, durant son appartenance à l'EPR, il avait eu connaissance d'environ 10 attaques du genre, mais qu'il y avait eu d'autres affrontements. Sur les 10 attaques, il avait participé comme chauffeur à deux d'entre elles. Il a dit qu'il n'avait pas participé personnellement aux attaques. Son rôle était de conduire ses camarades vers la zone où il y avait une activité et de les prendre au même endroit. Il a dit que les incidents auxquels il avait été mêlé s'étaient déroulés à Cuacalco, dans l'État de Mexico, ainsi qu'à Naucalpan. Il a dit que, durant les deux attaques, une personne avait été tuée au cours de l'une d'elles qui avait été lancée pour faire cesser la répression.

12. Il a dit que l'EPR intervenait aussi dans des actions de solidarité auprès de la population, notamment en lui procurant des vêtements, des enseignants et des médecins.

13. Il a dit que, à sa connaissance, l'organisation ne commettait pas d'enlèvements. Il a dit qu'il ne savait pas où l'organisation obtenait son argent, mais qu'elle disposait d'une base sociale très large d'où elle obtenait ses fonds, mais il n'en connaissait pas le détail.

14. He was asked if he ever kept material in his home. He said that he had kept weapons, including reflex weapons, AK47s, pistols and grenades in this home as well as EPR leaflets. He said he had stored illegal weapons on 4 or 5 occasions.

15. In the documentary evidence, the EPR was described as an armed opposition group, a guerilla movement and an armed dissident group. The Report from the Inter-American Commission on human rights referred to conflict zones, in a section of the report which also spoke of the torture of alleged EPR members. It is submitted there was low-intensity armed conflict taking place in Mexico.

16. The only group which referred to the EPR as a terrorist group was the Mexican state itself, which based its characterization on its attacking military installations, and wounding and even killing members of the armed forces.

17. Documentary evidence noted the militarization of police commands, and the rising militarization in Mexico, particularly in indigenous areas, along with combined actions by the army and police. There was evidence of EPR attacks on security forces personnel. There was evidence of torture with impunity by the armed forces.

(3) The standard of proof

[48] The Federal Court of Appeal in *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, examined the meaning of the words “reasonable grounds to believe” in section 19 of the Act and held these words provided [at paragraph 60] “as a standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes ‘a bona fide belief in a serious possibility based on credible evidence’.”

(4) Discussion

[49] The Adjudicator determined the applicant to be a person whom there are reasonable grounds to believe is or was a member of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorism.

[50] This provision is part of section 19 found in Part III of the Act entitled “Exclusion and Removal”. Persons covered by section 19, subject to the exercise of positive ministerial discretion, cannot be admitted to Canada for entry or landing. In order to situate the context of paragraph 19(1)(f) of the Act, it is useful to set out the provisions of paragraphs 19(1)(c.2), 19(1)(e), 19(1)(g)

14. On lui a demandé s’il avait déjà gardé du matériel chez lui. Il a dit qu’il avait gardé des armes, y compris des armes reflex, des AK47, des pistolets et des grenades chez lui, ainsi que des tracts de l’EPR. Il a dit qu’il avait entreposé des armes illégales à quatre ou cinq reprises.

15. Dans la preuve documentaire, l’EPR était désigné comme un groupe armé d’opposition, un mouvement de guérilla et un groupe dissident armé. Le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l’homme faisait état de zones de conflit, dans une section du rapport qui parlait aussi de la torture de présumés membres de l’EPR. On y affirme qu’un conflit armé de faible intensité avait lieu au Mexique.

16. L’unique groupe pour qui l’EPR était un groupe terroriste était l’État mexicain lui-même, qui justifiait cette désignation par le fait que l’EPR attaquait des installations militaires et blessait, voire tuait, des membres des forces armées.

17. La preuve documentaire faisait état de la militarisation des commandements policiers, et de la militarisation croissante du Mexique, en particulier dans les zones indigènes, ainsi que des actions combinées de l’armée et de la police. L’EPR s’était livré à des attaques sur le personnel des forces de sécurité. Les forces armées s’étaient livrées à des actes de torture en toute impunité.

3) Norme de preuve

[48] Dans l’arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297, la Cour d’appel fédérale avait examiné le sens des mots «motifs raisonnables de croire», à l’article 19 de la Loi, et, selon elle, ces mots constituaient [au paragraphe 60] «une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins “la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi”».

4) Examen

[49] L’arbitre a estimé que le demandeur était une personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est ou a été membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des actes de terrorisme.

[50] Cette disposition fait partie de l’article 19, qui se trouve dans la partie III de la Loi intitulée «Exclusion et renvoi». Les personnes visées par l’article 19 ne peuvent, sauf si le ministre exerce favorablement son pouvoir discrétionnaire, être admises au Canada pour autorisation de séjour ou droit d’établissement. Pour situer le contexte de l’alinéa 19(1)(f) de la Loi, il est utile de

and 19(1)(j):

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

...

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the Criminal Code or Controlled Drugs and Substances Act that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

...

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government,

(iii) will engage in terrorism, or

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

(A) engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(B) engage in or instigate the subversion by force of any government, or

(C) engage in terrorism;

...

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

...

reproduire les dispositions des alinéas 19(1)c.2), 19(1)e), 19(1)g) et 19(1)j):

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

[. . .]

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles 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 faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[. . .]

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

(i) soit commettront des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit, pendant leur séjour au Canada, travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force,

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle:

(A) soit commettra des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit travaillera ou incitera au renversement d'un gouvernement par la force,

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

[. . .]

g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

[. . .]

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; [Emphasis mine.]

[51] These provisions engage issues of national security in respect of persons who are not Canadian citizens nor permanent residents but seek to enter Canada as visitors or for landing. Nevertheless, important individual interests are at stake particularly if refugee status is blocked and the person involved has a well-founded fear of persecution.

[52] The Adjudicator, in her reasons, referred to the following activities carried out by the EPR:

(1) armed attacks against the military during which deaths or casualties occurred;

(2) armed attacks against the police during which persons on both sides were killed or were injured;

(3) threats made against government and public officials;

(4) attacks against government buildings; and

(5) kidnappings in order to finance the organization's activities.

[53] Counsel for the Minister made an overarching argument that the term "terrorism" must receive an unrestrictive interpretation citing previous jurisprudence of the Federal Court Trial Division, namely Justice Denault's decision in *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); Justice Teitelbaum's decision in *Re Suresh*, *supra*, and Justice MacKay's decision in *McAllister v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 190 (T.D.).

[54] This submission by the Minister is anchored on statements made by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, *supra*, that it did not seek to define terrorism exhaustively—a notoriously difficult endeavour, but

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*; [Soulignement ajouté.]

[51] Ces dispositions font intervenir des questions de sécurité nationale en ce qui a trait aux personnes qui ne sont pas citoyens canadiens ou résidents permanents, mais qui voudraient entrer au Canada à titre de visiteurs ou pour s'y établir. Néanmoins, d'importants intérêts individuels sont en jeu, en particulier si le statut de réfugié est bloqué et que l'intéressé peut justifier d'une crainte fondée de persécution.

[52] Dans ses motifs, l'arbitre a évoqué les activités suivantes auxquelles se livrait l'EPR:

1) attaques armées contre les militaires, qui entraînaient des morts et des blessés;

2) attaques armées contre les forces policières, au cours desquelles des personnes des deux camps étaient tuées ou blessées;

3) menaces proférées contre des hautes personnalités et des fonctionnaires;

4) attaques menées contre des édifices gouvernementaux; et

5) enlèvements en vue de financer les activités de l'organisation.

[53] L'avocat du ministre a avancé un argument de taille selon lequel le mot «terrorisme» doit recevoir une interprétation libérale, invoquant sur ce point des jugements antérieurs de la Section de première instance de la Cour fédérale, à savoir la décision du juge Denault dans l'affaire *Baroud (Re)* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.), celle du juge Teitelbaum dans l'affaire *Re Suresh*, précitée, et celle du juge MacKay dans l'affaire *McAllister c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 190 (1^{re} inst.).

[54] Cet argument du ministre s'arc-boute sur des propos tenus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*: elle ne cherchait pas à définir le terrorisme d'une manière exhaustive—une tâche notoirement difficile—,

contented itself with a finding that the term provided a sufficient basis for adjudication; its approval of Justice Robertson's statement the full meaning of terrorism must be determined on an incremental basis, its view there is no authoritative definition of terrorism and no single definition is accepted internationally.

[55] The Minister's submission cannot be accepted because it ignores the fact the Supreme Court of Canada did provide a definition of "terrorism" which, in its view "catches the essence of what the world understands as terrorism" observing, however, that "particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement" (Emphasis mine).

[56] The definition of terrorism adopted by the Supreme Court of Canada focuses on the protection of civilians—a central element in international humanitarian law whose foundation rests in the four Geneva Conventions adopted on June 12, 1949, and its two additional Protocols, all of which have been incorporated into and made part of Canadian law (see, *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Sch. I, II, III, IV, V (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), VI (as am. *idem*) subject, in one case, to stipulated reservations.

[57] Here, I echo what Justice Robertson said in *Suresh*, *supra* [at paragraph 36]:

No one questions the right to use force in seeking political independence so long as the struggle is between two combatants. Nor does any one question the fact that the LTTE claims to represent the Tamil minority and is pursuing the right of self-determination and an independent homeland in the northern part of Sri Lanka. Finally, no one is disputing that the struggle for Tamil independence is being waged by a minority against the Sinhalese majority, represented by the governing party. What is questioned is the means by which the political ends are being sought. Clearly, there are various avenues by which citizens can oppose their presiding government and, certainly, not all governments are equally receptive to criticism. However, a line separating acceptable means of protest from unacceptable means must be drawn somewhere. In my view terrorism is an unacceptable means of attempting to effect political change. Nowhere in the jurisprudence is there support for the proposition that one has an inherent right

mais se contentait de dire que ce terme offrait un fondement suffisant pour qu'une décision soit rendue; elle approuvait l'opinion du juge Robertson selon laquelle la portée tout entière de ce terme devait être établie progressivement; elle constatait qu'il n'existait aucune définition du terme «terrorisme» faisant autorité; enfin, elle constatait qu'aucune définition précise n'était reconnue à l'échelle internationale.

[55] L'argument du ministre ne peut pas être accepté parce qu'il ignore le fait que la Cour suprême du Canada a donné une définition de «terrorisme» qui, à son avis, «traduit bien ce que l'on entend essentiellement par "terrorisme"», faisant observer cependant que «des situations particulières, à la limite de l'activité terroriste, susciteront inévitablement des désaccords» (non souligné dans l'original).

[56] La définition de terrorisme adoptée par la Cour suprême du Canada se concentre sur la protection des civils—un élément central du droit humanitaire international qui trouve sa source dans les quatre Conventions de Genève adoptées le 12 juin 1949 et dans leurs deux protocoles additionnels, instruments qui ont tous été incorporés dans le droit canadien et en font partie intégrante (voir *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, ann. I, II, III, IV, V (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), VI (mod., *idem*) sauf, dans un cas, l'existence de réserves.

[57] Je reprends ici les propos du juge Robertson dans l'arrêt *Suresh*, *supra* [au paragraphe 36]:

Personne ne met en doute le droit d'avoir recours à la force pour parvenir à l'indépendance politique dans la mesure où ce sont deux combattants qui se font la lutte. Personne ne remet non plus en cause le fait que les LTTE prétendent représenter la minorité tamoule et s'efforcent de réaliser son droit à l'autodétermination et à un territoire indépendant dans le nord du Sri Lanka. Enfin, personne ne conteste que la lutte pour l'indépendance tamoule est menée par une minorité contre la majorité cinghalaise, représentée par le parti au pouvoir. Ce qui est remis en question, ce sont les moyens utilisés pour atteindre ces fins politiques. Il est clair que diverses avenues s'offrent aux citoyens pour s'opposer au gouvernement en place et que tous les gouvernements ne sont évidemment pas aussi ouverts à la critique. Toutefois, il faut tracer quelque part la ligne entre les moyens de protestation acceptables de ceux qui ne le sont pas. Selon moi, le terrorisme constitue un moyen inacceptable d'obtenir un changement politique. On ne

to engage in terrorism in the pursuit of self-determination. For this reason alone the appellant's argument must fail. [Emphasis mine.]

[58] Justice Robertson's view of the primacy of civilian protection in international humanitarian law is confirmed by an examination of the 1949 Geneva Conventions and their two Protocols.

[59] Article 50 of Protocol I [*Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*], being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6) defines a civilian as basically anyone not taking up arms in an armed conflict which excludes members of armed forces, militia and volunteer groups taking up arms, members of a resistance group and inhabitants of a non-occupied territory who, on the approach of an enemy, spontaneously take up arms to resist the invading forces (see Article 4 of the 3rd Geneva Convention of 1949 [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, being Sch. III of the *Geneva Convention Act*, R.S.C., 1985, c. G-3]).

[60] Protocol II [*Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II)*], being Sch. VI of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6) to the 1949 Geneva Conventions applies to non-international armed conflicts, that is, conflicts between the armed forces of a state and dissident armed forces or other organized armed groups, under responsible command and in control over a part of the State's territory. Protocol II proscribes either side committing acts of terrorism (see subparagraph 2(d) of Article 4). Also prohibited are "[a]cts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population" (see paragraph 2 of Article 13). There are other key elements in the definition of terrorism adopted by the Supreme Court of

retrouve nulle part dans la jurisprudence des éléments à l'appui de la prétention qu'une personne a le droit inhérent de se livrer au terrorisme pour affirmer son droit à l'autodétermination. Ce motif suffit à écarter l'argument de l'appelant. [Non souligné dans l'original.]

[58] L'opinion du juge Robertson selon laquelle la protection des civils est l'élément central du droit humanitaire international est confirmée par un examen des Conventions de Genève de 1949 et de leurs deux protocoles.

[59] L'article 50 du premier Protocole [*Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*], qui est l'annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6) définit un civil comme essentiellement toute personne qui ne prend pas les armes dans un conflit armé, ce qui exclut les membres des forces armées, les milices et les groupes de volontaires prenant les armes, les membres d'un groupe de résistance et les habitants d'un territoire non occupé qui, à l'approche d'un ennemi, prennent spontanément les armes pour résister aux forces d'invasion (voir l'article 4 de la 3^e Convention de Genève de 1949 [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, qui est l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3]).

[60] Le deuxième Protocole [*Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*], qui est l'annexe VI de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6) des Conventions de Genève de 1949 s'applique aux conflits armés non internationaux, c'est-à-dire aux conflits entre les forces armées d'un État et les forces armées dissidentes ou autres groupes armés organisés, qui sont sous commandement autonome et qui sont maîtres d'une partie du territoire de l'État. Le deuxième Protocole interdit aux deux camps de commettre des actes de terrorisme (voir l'alinéa 2d) de l'article 4). Également prohibés sont «les actes ou menaces de violence dont l'objet principal est de répandre la terreur parmi la population civile» (voir le paragraphe 2 de l'article 13).

Canada, namely:

(1) civilians or other persons must not be taking an active part in hostilities in situation of armed conflict which again brings into play concepts known in international public law; and

(2) the purpose of the act intending to cause death or serious bodily harm (which are crimes known in domestic law and in international law (war crimes or crimes against humanity)) which gives that act its quality of terror, must be, by its nature or context, to intimidate a population or to compel a government or international organization to do or to abstain from doing any act.

[61] Furthermore, the Supreme Court of Canada, was quite conscious that the concept of terrorism can and is the subject of political manipulation and this is why it wished to circumscribe its scope by identifying precise elements of what terrorism is while at the same time, at the margins or on the fringe, not closing the class to terrorist activity which allows for some flexibility and some means of adaptation.

[62] In addition, as I see it, by choosing the definition of terrorism it did, the Supreme Court harmonized and gave space to each of the key concepts we find in section 19 of the Act: subversion, terrorism, crimes against humanity, war crimes and ordinary crimes. Each of those concepts are distinct and have separate roles to play in law.

[63] There are two major reasons why the Adjudicator's decision cannot stand and must be set aside:

(1) the departure by the Adjudicator of the delineation by the Supreme Court of Canada of what terrorism constitutes, a point which the Adjudicator did not have the advantage of having that thinking; and

(2) the inadequacy of the evidentiary foundation to support finding the EPR was engaged in acts of terrorism, appreciating that the standard of proof is one,

D'autres éléments clés de la définition de terrorisme sont adoptés par la Cour suprême du Canada, à savoir:

1) les civils ou autres personnes ne doivent pas, dans une situation de conflit armé, prendre une part active aux hostilités, ce qui encore une fois fait intervenir des notions connues du droit international public; et

2) l'objet de l'acte destiné à causer la mort ou des blessures graves (qui sont des crimes connus du droit interne et du droit international (crimes de guerre ou crimes contre l'humanité)), qui donne à cet acte sa qualité d'acte terroriste, doit être, par sa nature ou son contexte, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

[61] Par ailleurs, la Cour suprême du Canada savait très bien que la notion de terrorisme peut être l'objet d'une manipulation politique, et c'est la raison pour laquelle elle a voulu circonscrire sa portée en définissant les éléments précis de ce qu'est le terrorisme, sans pour autant, à la limite ou à la lisière, fermer la catégorie aux activités terroristes, ce qui offre une certaine flexibilité et certains modes d'adaptation.

[62] Au surplus, selon moi, en choisissant sa définition du «terrorisme», la Cour suprême donnait de l'espace, en les harmonisant, à chacune des notions clés que l'on trouve dans l'article 19 de la Loi: subversion, terrorisme, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes de droit commun. Chacune de ces notions est distincte et joue un rôle propre en droit.

[63] Il y a deux raisons principales pour lesquelles la décision de l'arbitre doit être annulée:

1) l'arbitre s'est écartée de la définition de «terrorisme» retenue par la Cour suprême du Canada, définition dont ne disposait pas l'arbitre; et

2) l'insuffisance de la preuve au soutien de la conclusion selon laquelle l'EPR se livrait à des actes de terrorisme, compte tenu que la norme de preuve est celle qui, sans

while falling short of the balance of probabilities, nonetheless connotes a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence.

[64] On this second point, the Adjudicator realized the Minister's case was weak, a fact recognized by the CPO in his argument before the Adjudicator (certified record, pages 419-420, lines 40 to 10. He pinned his hopes of terrorist activity on the report of kidnappings), the evidence of what the EPR was engaged in was limited and was "so lacking in information and detail" and the documentation, particularly exhibit 2 was deficient and limited. Yet, despite these findings, she concluded it was sufficient for her to make a determination the EPR was engaged in terrorist activities rather than finding the Minister had not discharged his burden of proof.

[65] It is clear from the Adjudicator's reasons she was of the view terrorism could not be restricted "to only actions against civilians" and connoted a much wider meaning which included as a target of terrorism the Armed Forces of a State combatting an armed insurgent group—a situation of armed conflict. Humanitarian international law generally makes a distinction between combatants whose activities are governed by the rules of war where a breach may constitute a war crime and civilians who enjoy protected status under the 1949 Geneva Conventions and its two Protocols. *Suresh, supra*, adopted that delineation.

[66] An examination of the evidence tendered by the Minister in support of his allegation EPR was a terrorist organization was, as I said, weak. That evidence is focussed on exhibit 2 but more specifically on a document which is unidentified and located between pages 56 to 63 of the certified Tribunal record. It is incomplete because it contains only pages 16 to 23 of that document.

[67] What was reproduced is only section 4, which deals with the EPR and the statements contained in that document appear to have mainly as their sources in various newspapers, which are secondary sources.

être la probabilité la plus forte, suggère néanmoins la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi.

[64] Sur ce deuxième point, l'arbitre s'est rendu compte que les arguments du ministre étaient faibles, un fait reconnu par l'ACPC durant son argumentation devant l'arbitre (dossier certifié, pages 419 et 420, lignes 40 à 10. L'ACPC avait fait reposer ses espoirs d'activité terroriste sur le compte rendu d'enlèvements), la preuve de ce à quoi se livrait l'EPR était restreinte et «lacunaire dans son contenu et ses détails», et la documentation, en particulier la pièce 2, était insuffisante et limitée. Or, malgré ces constatations, l'arbitre a conclu que cette preuve l'autorisait à dire que l'EPR se livrait à des activités terroristes, au lieu de dire que le ministre n'avait pas apporté la preuve requise.

[65] Il ressort des motifs de l'arbitre que, selon elle, le terrorisme ne pouvait se restreindre «aux seules actions menées contre des civils» et avait une signification beaucoup plus large qui englobait, comme cible du terrorisme, les forces armées d'un État combattant un groupe insurrectionnel armé—une situation de conflit armé. Le droit international humanitaire fait en général une distinction entre des combattants dont les activités sont régies par les règles de la guerre, dont la violation peut constituer un crime de guerre, et des civils qui bénéficient d'une protection selon les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux protocoles. L'arrêt *Suresh*, précité, a adopté cette ligne de démarcation.

[66] La preuve qu'a invoquée le ministre pour dire que l'EPR était une organisation terroriste était, comme je l'ai dit, faible. Cette preuve se concentre sur la pièce 2, mais, plus précisément, sur un document qui n'est pas identifié et qui se trouve entre les pages 56 et 63 du dossier certifié du tribunal. Le document est incomplet, seules les pages 16 à 23 étant reproduites.

[67] Le dossier certifié ne reproduit que la section 4 de ce document, qui traite de l'EPR, et la teneur de ce document semble puiser surtout à divers journaux, qui sont des sources secondaires.

[68] I quote the following examples:

(1) "The EPR claims its funding source and social base are the people in general who may or may not be organized. The movement has carried out kidnappings to help finance its activities and has indicated that it may impose a war tax" (AFP 3 Feb 1997; EIU Fourth Quarter 1996, 13);

(2) "The EPR . . . opted for a "hit and run" strategy of armed attacks against police stations, military installations and government buildings" citing *Latinamerica Press*, 15 August 1996; AFP 3 Feb 1997, *Proceso* 1 September 1996 and *Le Monde diplomatique*, January 1997, 12;

(3) "The EPR claims to have inflicted at least 96 casualties on Security Forces Personnel between its first appearance on 28 June 1996 and early February 1997" (AFP 3 Feb 1997);

(4) "On 28 August 1996 the EPR launched 18 attacks against the government, police and army targets in seven States, killing at least 12 people and injuring 23", giving as a source Country Reports 1996-97, and others including the *Houston Chronicle*, 8 September 1996;

(5) "The day after the cease-fire expired, it launched a week-long series of attacks against military and police targets in the states of Guerrero and Mexico including near Mexico City" citing the *Dallas Morning News*, *Reforma* and the *Washington Post*. "At least 6 policemen were killed in the attacks" citing the *Dallas Morning News*, 2 Nov 1996.

[69] These citations from the unknown document support the Adjudicator's observation about the deficiencies in the evidence and its inadequacy. That evidence lacks the specificity of who, what, when and where and in what circumstances which is necessary to meet the test of sufficiency in assessing the Minister's burden of proof gauged in relation to its appropriate standard.

[70] The Federal Court of Appeal in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,

[68] Je reproduis les exemples suivants:

1) «L'EPR affirme que sa source de financement et sa base sociale sont la population en général, laquelle n'est pas nécessairement organisée. Le mouvement a commis des enlèvements afin de financer ses activités et a indiqué qu'il pourrait imposer une taxe de guerre» (AFP, 3 février 1997; EIU, quatrième trimestre, 1996, 13);

2) «L'EPR [. . .] a opté pour une stratégie d'attaques armées éclairs contre des postes de police, des installations militaires et des édifices publics», citant *Latinamerica Press*, 15 août 1996; AFP, 3 février 1997, *Proceso*, 1^{er} septembre 1996 et *Le Monde diplomatique*, janvier 1997, 12;

3) «L'EPR affirme avoir infligé au moins 96 pertes de vies au personnel des Forces de sécurité entre sa première apparition le 28 juin 1996 et le début de février 1997» (AFP, 3 février 1997);

4) «Le 28 août 1996, l'EPR a lancé 18 attaques contre le gouvernement, la police et l'armée dans 7 États, tuant au moins 12 personnes et en blessant 23»; on donne comme source les dossiers d'information sur les pays pour l'année 1996-1997, ainsi que d'autres journaux, notamment le *Houston Chronicle* du 8 septembre 1996;

5) «Le lendemain de l'expiration du cessez-le-feu, l'EPR a lancé une série d'attaques, durant une semaine entière, contre des cibles militaires et policières dans les États de Guerrero et Mexico, y compris près de la ville de Mexico», extrait du *Dallas Morning News*, du *Reforma* et du *Washington Post*. «Au moins six policiers ont été tués au cours des attaques», extrait du *Dallas Morning News* du 2 novembre 1996.

[69] Ces passages tirés du document non identifié confirme l'observation de l'arbitre relative aux lacunes et à l'insuffisance de la preuve. Cette preuve ne dit rien sur le qui, le quoi, le quand, le où et le comment, éléments qui sont nécessaires si l'on veut évaluer convenablement la preuve du ministre par rapport à la norme établie.

[70] Dans l'arrêt *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433, la

[1994] 1 F.C. 433, stressed the importance of providing findings of fact as to specific crimes against humanity which the refugee claimant is alleged to have committed. Justice Linden at page 449 stated as follows:

For example, the Amnesty International Report of 1989 indicates that the Sri Lankan government is responsible for arbitrary arrest and detention without charge or trial, "disappearances", torture, death in custody, and extrajudicial killings. Given the seriousness of the possible consequences of the denial of the appellant's claim on the basis of section F(a) of Article 1 of the Convention to the appellant and the relatively low standard of proof required of the Minister, it is crucial that the Refugee Division set out in its reasons those crimes against humanity for which there are serious reasons to consider that a claimant has committed them. In failing to make the required findings of fact, I believe that the Refugee Division can be said to have made an error of law.

[71] Justice Robertson echoed the same underlying thought in *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at page 314 after discussing what questions of law and questions of fact were; in his view, it was a question of law whether the act of killing civilians by military personnel could be classified as a crime against humanity. He wrote this:

It seems clear that questions of law do not lend themselves to adjudication by reference to legal concepts embedded in probability theory. Yet there are other reasons for immunizing questions of law from the application of a standard of proof. It is true that the "less-than-civil-law" standard established in *Ramirez* reinforces the view that it was the intent of the Convention signatories to exclude persons undeserving of protection. But it is difficult to credit the intention of establishing a threshold standard of proof which virtually guarantees exclusion once the Minister demonstrates that there are "serious reasons for considering" that a claimant's acts or omissions could be classified as a crime against humanity.

[72] He continued in the following terms:

In my opinion, that is a question of law which must be decided in accordance with legal principles rather than by reference to a standard of proof. (Those legal principles will be applied to a series of facts established pursuant to the

Cour d'appel fédérale avait souligné l'importance d'articuler les conclusions de fait, sur les crimes contre l'humanité que le demandeur était présumé avoir commis. Le juge Linden écrivait, à la page 449:

Par exemple, le rapport de 1989 d'Amnistie internationale indique que le gouvernement du Sri Lanka est responsable d'arrestations et de détentions arbitraires sans inculpation ni condamnation, de «disparitions», de tortures, de morts durant la détention et d'exécutions extrajudiciaires. Vu la gravité des conséquences éventuelles du rejet, fondé sur la section Fa) de l'article premier de la Convention, de la revendication de l'appelant et la norme de preuve relativement peu rigoureuse à laquelle doit satisfaire le ministre, il est crucial que la section du statut rapporte dans ses motifs de décision les crimes contre l'humanité dont elle a des raisons sérieuses de penser que le demandeur les a commis. On peut dire que faute d'avoir tiré les conclusions nécessaires sur les faits, la section du statut a commis une erreur de droit.

[71] Le juge Robertson avait exprimé le même point de vue dans l'affaire *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), à la page 314, après avoir examiné quels étaient les points de droit et les points de fait; selon lui, la question de savoir si la mort de civils causée par des opérations militaires pouvait être qualifiée de crime contre l'humanité était un point de droit. Il avait écrit:

Il semble évident que les questions de droit ne se prêtent pas à des décisions qui renvoient à des concepts juridiques enchâssés dans une théorie des probabilités. Toutefois, il existe d'autres raisons d'exempter les questions de droit de l'application d'une norme de preuve. Certes, la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil, établie dans l'arrêt *Ramirez*, affermit l'opinion voulant qu'il était dans l'intention des signataires de la Convention d'exclure les personnes ne méritant aucune protection. Mais il est difficile de leur prêter l'intention d'établir une norme de preuve préliminaire qui, virtuellement, garantit l'exclusion du demandeur de statut dès que le ministre démontre qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que les gestes ou les omissions du demandeur pourraient être qualifiés de crime contre l'humanité.

[72] Puis, il continue:

À mon avis, il s'agit là d'une question de droit qui doit être tranchée conformément aux principes juridiques plutôt que par référence à une norme de preuve. (Ces principes juridiques seront appliqués à un ensemble de faits établis conformément

“less-than-civil-law” standard of proof,

[73] Justice Robertson’s comment is brought home in this case where, only once, does the Adjudicator make a finding of a terrorist activity by the EPR which she identified as “the type of surprise armed attack which have been described in the evidence at this inquiry as not being the same as simple military confrontations”.

[74] This need for specificity in the identification of acts of terrorism is illustrated in several judgments of justices in the Trial Division in addition to those mentioned by Justice Robertson. I have in mind Justice Denault’s reasons in *Baroud*, *supra*, Justice Mackay’s judgment in *McAllister*, *supra* and Justice Blais’ recent decision in *Iklhef (Re)* (2002), 223 F.T.R. 233 (F.C.T.D.).

[75] I briefly touch upon some findings of fact made by the Adjudicator which must be set aside as either having no evidentiary basis or representing a misapprehension of the evidence, both errors falling within the ambit of paragraph 18.14(d) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)].

[76] First, the Adjudicator, referring to the unidentified document stated “this report refers to casualties numbering 96 on one occasion”. It is clear from the document (certified record, page 59) these casualties were security forces and not civilians.

[77] Second, the Adjudicator’s finding that the EPR attacked government buildings as evidence of an act of terrorism is not sufficiently and reasonably supported. I readily acknowledge that a bomb or other armed attack on a government building filled with government workers would, with the required purpose, be easily construed as an act of terrorism within the *Suresh* meaning or within the meaning of terrorist activity under the *Anti-terrorism Act*. The problem here is that we do not know any surrounding circumstance of what was involved in such attacks. The Adjudicator specifically

au fardeau de preuve inférieur à la norme prévue en droit civil, [. . .]

[73] Les commentaires du juge Robertson sont tout à fait à propos dans le cas présent, où une seule fois l’arbitre conclut à une activité terroriste de la part de l’EPR. Selon elle, cette activité s’inscrit dans «des attaques armées menées par surprise qui ont été décrites dans les témoignages produits durant cette enquête comme autre chose que de simples affrontements militaires».

[74] Cette nécessité d’une désignation précise des actes de terrorisme est illustrée dans plusieurs jugements de la Section de première instance, outre ceux dont fait état le juge Robertson. J’ai à l’esprit les motifs du juge Denault dans l’affaire *Baroud*, précitée, les motifs du juge Mackay dans l’affaire *McAllister*, précitée, et la décision récente du juge Blais dans l’affaire *Iklhef (Re)* (2002) 223 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.).

[75] J’aborderai brièvement certaines conclusions de fait tirées par l’arbitre, qui doivent être annulées parce qu’elles n’ont pas de fondement dans la preuve ou parce qu’elles attestent une incompréhension de la preuve, deux erreurs qui entrent dans le champ de l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)].

[76] D’abord, l’arbitre, se référant au document non identifié, dit que «ce rapport fait état de pertes humaines qui à une occasion se sont chiffrées à 96». Il ressort clairement du document (dossier certifié, page 59) que les victimes en question étaient des membres des forces de sécurité, et non des civils.

[77] Deuxièmement, la conclusion de l’arbitre selon laquelle l’EPR attaquait des édifices gouvernementaux, pour affirmer qu’il s’agissait là d’un acte de terrorisme, n’est pas suffisamment et raisonnablement étayée. Certes, j’admets qu’une bombe ou autre attaque armée lancée contre un édifice gouvernemental qui est occupé par des employés de l’État serait facilement, avec l’objet requis, considérée comme un acte de terrorisme au sens de l’arrêt *Suresh*, ou au sens de l’expression «activité terroriste» définie dans la *Loi antiterroriste*. Le problème ici, c’est que nous ne connaissons pas les circonstances

recognized that fact when she said “the evidence being so lacking in information and detail, we do not know what more may have been involved”.

[78] Third, the evidence introduced by counsel for the applicant demonstrates the police were acting in consort with the Mexican Armed Forces against the EPR as well as the militarization of the police in conflict zones (certified transcript, pages 171, 284, 302, 332 and 335) which seemed to be acknowledged by the Adjudicator who found “no matter how much the police forces in Mexico may now be associated with the military” she went on to say that “I don’t believe that it should be concluded that they are one and the same force entirely in all respects. I don’t think they can be considered soldiers on the field for all purposes”. The Adjudicator cites no evidence in support of this conclusion which seems to be an inference without any evidentiary foundation. Again, I could see terrorist activity, assuming the required purpose, in an attack on a policeman in the discharge of normal non-military municipal duties but that is not what the totality of the evidence indicates, namely a militarized police carrying on joint operations with the Armed Forces. There is no evidence in the certified record of what I would call a “normal” policeman being killed or wounded for terrorist purposes. If a policeman in Mexico was hurt in an EPR attack, his perpetrators could be prosecuted under Mexican criminal law either under its criminal code or other statute law but this is no basis to apply against that person without more a terrorist label for the purposes of the application of section 19 of the Act.

[79] Fourth, the Adjudicator referred to media threats or threats in the newspapers against government officials. That finding must be infirmed because the Adjudicator did not consider the entire evidence. During the hearing, the applicant explained what the notes of the joint CSIS CIC interview report. At page 466, he explained the DPPR (the political party) directing the EPR, would send out in zones of excessive repression a communique to all the media “and, in the communique, they would ask to, they would ask them to please stop their acts of repression against our people. Otherwise,

qui ont entouré de telles attaques. L’arbitre a expressément reconnu ce fait lorsqu’elle a dit: [traduction] «La preuve étant si lacunaire dans son contenu et dans ses détails, nous ne savons pas ce qui a pu se produire d’autre».

[78] Troisièmement, la preuve produite par l’avocat du demandeur montre que la police agissait en concertation avec les Forces armées mexicaines contre l’EPR, et elle atteste la militarisation de la police dans les zones de conflit (transcription certifiée, pages 171, 284, 302, 332 et 335), ce que semble avoir admis l’arbitre, pour qui «quelle que soit la mesure dans laquelle les forces policières du Mexique peuvent aujourd’hui être associées à l’armée, je ne crois pas que l’on puisse conclure qu’il s’agit à tous égards de la même et unique force. Je ne crois pas que l’on puisse les considérer à toutes fins comme des soldats en campagne». L’arbitre ne cite aucune preuve à l’appui de cette conclusion, qui semble être une déduction dépourvue de force probante. Encore une fois, je pourrais discerner une activité terroriste, sous réserve de l’objet requis, dans une attaque menée contre un policier exerçant des fonctions non militaires d’agent de la paix, mais ce n’est pas ce que révèle l’ensemble de la preuve, qui indique plutôt une police militarisée se livrant à des opérations conjointes avec les Forces armées. Le dossier certifié ne renferme aucune preuve de ce que j’appellerais un policier au sens habituel qui est tué ou blessé à des fins terroristes. Si un policier mexicain était blessé au cours d’une attaque menée par l’EPR, les auteurs de l’attaque pourraient être poursuivis selon le droit pénal mexicain, qu’il s’agisse du code pénal de ce pays ou d’une autre loi, mais cela ne suffit pas en soi pour que soit appliqué aux auteurs le qualificatif de «terroriste» aux fins de l’application de l’article 19 de la Loi.

[79] Quatrièmement, l’arbitre a parlé des menaces proférées à l’encontre de hautes personnalités par l’entremise de médias ou de journaux. Cette conclusion doit être infirmée parce que l’arbitre n’a pas considéré l’ensemble de la preuve. Durant l’audience, le demandeur a expliqué ce que signifient les notes de l’entrevue conjointe menée par le SCRS et CIC. À la page 466, il expliquait que le DPPR (le parti politique) dirigeant l’EPR envoyait un communiqué à tous les médias dans les zones où sévissait une répression excessive, «et, dans le communiqué, il leur demandait de

there was no other way to respond to such aggression, in order to try to put a stop [*sic*] such aggression".

[80] Finally, I deal with the issue of kidnapping to finance the EPR's activities. As noted, the evidence which the Adjudicator relied upon is contained in the unidentified document in exhibit 2. The entire exhibit, as I have already noted, is contained in the following sentence:

The movement has carried out kidnappings to help finance its operations, and has indicated that it may impose a war tax (AFP, 3 Feb 1997; EIU, 4th Quarter, 1996, 13).

[81] I agree with counsel for the applicant's submission that kidnapping without more cannot be automatically equated to an act of terrorism. Having said that, I recognize that the international community through its Convention against the taking of hostages has proscribed hostage taking and characterized it in the circumstances set out in that Convention as an act of terrorism.

[82] The problem with the evidence on this point is that it is barren of details and circumstances such that there is no credible evidence on the record which could nourish, in the Adjudicator's mind, a serious reason to believe an act of terrorism had been committed on account of the kidnappings. We do not know whether such hostage taking is fact or fiction, who was kidnapped (military or civilian), how many kidnappings occurred and whether these kidnappings, if they did occur, were disapproved by the EPR. For this reason, the Adjudicator's finding cannot stand.

[83] The issue of the kidnappings was raised at the applicant's hearing and is transcribed at pages 470 to 473 of the certified record. The CPO asked the applicant a series of questions on the subject. The applicant answered he did not know how the organization got its money but denied the EPR engaged in kidnappings and said the EPR had a very wide social base through which it got its funds but did not know any particulars about how such funds were gathered. On clarification, at page 472 of the certified record, the applicant again stated the

bien vouloir mettre fin à vos actes de répression contre nos populations. Autrement, il n'y avait pas d'autre moyen de réagir à une telle agression, pour qui voulait y mettre un terme.»

[80] Finalement, j'aborde la question des enlèvements commis pour financer les activités de l'EPR. Comme on l'a vu, la preuve sur laquelle s'est fondée l'arbitre figure dans le document non identifié de la pièce 2. La pièce tout entière, comme je l'ai déjà mentionné, est contenue dans la phrase suivante:

[TRADUCTION] Le mouvement a commis des enlèvements afin de financer ses activités et a indiqué qu'il pourrait imposer une taxe de guerre (AFP, 3 février 1997; EIU, 4^e trimestre, 1996, 13).

[81] Je souscris à l'argument de l'avocat du demandeur selon lequel un enlèvement, sans plus, ne peut automatiquement être assimilé à un acte de terrorisme. Cela dit, je reconnais que la communauté internationale, par l'entremise de sa Convention contre la prise d'otages, proscrie la prise d'otages, qu'elle qualifie, dans les circonstances que précise cette Convention, d'acte de terrorisme.

[82] Le problème que pose la preuve sur ce point, c'est qu'elle est dépourvue de détails et de circonstances de telle sorte qu'il n'existe dans le dossier aucune preuve crédible pouvant nourrir, dans l'esprit de l'arbitre, une raison sérieuse de croire qu'un acte de terrorisme avait résulté des enlèvements. Nous ne savons pas si cette prise d'otages est réelle ou imaginaire, qui a été enlevé (un militaire ou un civil), combien d'enlèvements ont eu lieu et si ces enlèvements, si tant est qu'ils aient été commis, étaient condamnés par l'EPR. Pour cette raison, la conclusion de l'arbitre ne peut subsister.

[83] La question des enlèvements a été soulevée durant l'interrogatoire du demandeur et elle est reproduite aux pages 470 à 473 du dossier certifié. L'ACPC a posé au demandeur plusieurs questions sur le sujet. Le demandeur a répondu qu'il ne savait pas comment l'organisation obtenait son argent, mais il a nié que l'EPR pratiquât des enlèvements, affirmant que l'EPR bénéficiait d'une base sociale très large grâce à laquelle il obtenait son argent, mais il ne connaissait pas en détail la manière dont cet argent était recueilli. Appelé

organization did not do any kidnappings and he knew that because the commander and high ranking officials said that.

[84] It is trite law the Adjudicator can prefer documentary evidence over the testimony of a claimant but, the Adjudicator was bound to state in clear and unmistakable terms why it preferred the documentary evidence over the applicant's testimony (see *Okyere-Akosah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 157 N.R. 387 (F.C.A.)). This the Adjudicator did not do.

[85] For all of these reasons, this judicial review application is allowed, the Adjudicator's decision dated February 29, 2000, is set aside and the matter is remitted to a different Adjudicator.

[86] In terms of one or more certified questions, I am aware the parties have written to me on the issue. However, other certified questions may be proposed arising out of these reasons. If either party wishes to propose the formulation of one or more certified questions, it must do so by the end of the day Tuesday, April 8, 2003, with the right of the other party commenting on any proposed certified question to be received by the Court Registry at the end of business on Tuesday, April 15, 2003.

à préciser ces propos, à la page 472 du dossier certifié, le demandeur a de nouveau affirmé que l'organisation ne commettait pas d'enlèvements, et il savait cela parce que le commandant et des officiers de haut rang l'avaient dit.

[84] Il est bien établi en droit que l'arbitre peut préférer une preuve documentaire au témoignage d'un revendicateur, mais l'arbitre devait expliquer en termes clairs et indubitables pourquoi elle préférerait la preuve documentaire au témoignage du demandeur (voir l'arrêt *Okyere-Akosah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 157 N.R. 387 (C.A.F.)). C'est ce que l'arbitre n'a pas fait.

[85] Pour tous ces motifs, cette demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de l'arbitre datée du 29 février 2000 est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre arbitre.

[86] Pour ce qui est des questions susceptibles d'être certifiées, je sais que les parties m'ont écrit à ce sujet. Cependant, d'autres questions certifiées découlant des présents motifs pourraient être proposées. Si l'une ou l'autre des parties veut proposer le texte d'une ou de plusieurs questions à certifier, elle devra le faire avant la fin de la journée du mardi 8 avril 2003, et, si l'autre partie souhaite s'exprimer sur une question proposée, elle devra déposer ses observations au greffe de la Cour à la fin de la journée du mardi 15 avril 2003.

A-737-01
2003 FCA 119

A-737-01
2003 CAF 119

The M.V. “African Cape”, Her Owners, Bonaveria Shipping Co. Ltd., Her Manager, DIMKO International Company S.A. (Appellants) (Defendants)

Le M.V. «African Cape», ses propriétaires, ses administrateurs, DIMKO International Company S.A. (appelants) (défendeurs)

v.

c.

Francosteel Canada Inc. (Respondent) (Plaintiff)

Francosteel Canada Inc. (intimée) (demanderesse)

INDEXED AS: FRANCOSTEEL CANADA INC. v. AFRICAN CAPE (THE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: FRANCOSTEEL CANADA INC. c. AFRICAN CAPE (L') (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Nadon JJ.A
—Montréal, February 4; Ottawa, March 6, 2003.

Cour d'appel, les juges Desjardins, Létourneau et Nadon,
J.C.A.—Montréal, 4 février; Ottawa, 6 mars 2003.

Practice — Costs — Plaintiff, at arbitration, awarded much less than amount claimed, less than defendants' settlement offer — Settlement offer, made at early stage of litigation, withdrawn during course of arbitration hearing — Parties having reserved costs issue for F.C.T.D. — Prothonotary, affirmed by Motions Judge, awarding successful plaintiff costs — Federal Court Rules, 1998, r. 400 misapplied by failure to consider relevant factors in r. 400(3) — That respondent successful as to liability not conclusive of costs issue — Improper exercise of discretion to restrict consideration of settlement offer to quantum of costs — R. 420(2)(a) unfair to defendants, not promoting purpose of encouraging early settlements for cost-efficient justice administration — Rule should be reviewed — Comparable Ontario Rule having potential of forcing early settlements.

Pratique — Frais et dépens — À la suite d'un arbitrage, la demanderesse a obtenu beaucoup moins que la somme qu'elle réclamait et moins que l'offre de règlement des défendeurs — L'offre de règlement, qui avait été faite au début de l'instance, a été retirée au cours de l'audience d'arbitrage — Les parties avaient décidé de réserver l'adjudication des dépens à la C.F.P.I. — Le protonotaire, dont la décision a été confirmée par le juge des requêtes, a accordé les dépens à la demanderesse, qui a obtenu gain de cause — Le protonotaire a mal appliqué la règle 400 des Règles de la Cour fédérale (1998) en ne tenant pas compte des facteurs pertinents énumérés à la règle 400(3) — Le fait que l'intimée ait obtenu gain de cause sur la responsabilité n'est pas déterminant sur l'adjudication des dépens — Le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en restreignant son examen de l'offre de règlement au montant des dépens — La règle 420(2)a est injuste pour les défendeurs et va à l'encontre de l'objectif d'encourager un règlement rapide des litiges en vue de favoriser une administration saine et économique de la justice — Cette règle devrait être révisée — Les dispositions comparables des Règles ontariennes ont l'avantage de forcer le règlement hâtif du litige.

This was an appeal from the decision of a motions judge dismissing an appeal against the decision of a prothonotary awarding respondent a lump sum of \$40,000, in lieu of assessed costs. At issue is whether the Prothonotary properly applied rule 400 of the *Federal Court Rules, 1998* in the exercise of his discretion to award costs.

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle le juge des requêtes a rejeté l'appel d'une décision d'un protonotaire qui avait accordé à l'intimée une somme globale de 40 000 \$ au lieu des dépens taxés. Le litige porte sur la question de savoir si le protonotaire a exercé régulièrement le pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 400 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* dans sa façon d'adjudger les dépens à l'intimée.

The respondent's claim was for \$5,000,000 as damages for breach of contract to carry steel from Lithuania to Montréal. This was later reduced to \$485,117.99. Prior to filing their statement of defence, the appellants made an all-inclusive settlement offer of \$125,000, but that was rejected. Prior to trial, the parties agreed that the matter go to arbitration with the

Dans sa déclaration, l'intimée réclamait à l'origine une somme de plus de 5 000 000 \$ pour inexécution d'un contrat de transport de tôles en acier entre la Lithuanie et Montréal. Cette somme a par la suite été ramenée à 485 117,99 \$. Avant le dépôt de leur défense, les appelants ont offert à l'intimée de régler le litige pour une somme globale de 125 000 \$, mais

costs issue reserved for adjudication by the Trial Division. The appellants again put forward the \$125,000 settlement offer, which was again rejected and finally withdrawn during the arbitration hearing. The arbitrator's award was for \$85,879.44 plus interest for a total of \$108,887.75.

Held, the appeal should be allowed.

There could be no doubt that the Prothonotary had misapplied rule 400 by failing to consider two factors: (1) the amounts claimed and recovered and (2) the written settlement offer. The Prothonotary's view was that respondent was entitled to costs, having succeeded at arbitration on the issue of liability. The Prothonotary did concede that the quantum of costs should be reduced in that the amount recovered was much less than that claimed. He accordingly reduced the costs award by some \$15,000. The settlement offer, made early on in the proceedings, was greater than the sum ultimately recovered. Both sides would have saved substantial amounts in costs had it been accepted. On weighing all of the relevant factors, appellants should have their costs.

Per Létourneau J.A. (concurring): Paragraph 420(2)(a) of the Rules, relied upon by appellants before the Prothonotary, has a serious potential for unfairness. If a settlement offer is revoked—even the day before judgment is rendered—the defendant loses the benefit of the rule and can rely only upon the unfettered exercise of jurisdiction under rule 400. If the offer is left open, plaintiff can accept it—even well into a lengthy trial at which the witnesses for the defence have proven convincing. Paragraph 420(2)(a) unfairly tips the scales in the plaintiff's favour and defeats the purposes of promoting early settlements thereby allowing for a cost-efficient administration of justice and the preservation of limited judicial resources. By comparison, the comparable Ontario Rule encourages early settlement as a plaintiff runs the risk of responsibility for all the subsequent costs incurred by the defendant if the offer be not accepted prior to commencement of trial. Rule 420 is in need of review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 420(2), *Tariff B, Column III.*
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 49.10(2) (as am. by O. Reg. 284/-01, s. 11).

l'intimée a rejeté cette offre. Avant le procès, les parties ont accepté de faire trancher le litige par un arbitre et de réserver l'adjudication des dépens à la Section de première instance. Les appelants ont réitéré leur offre globale de 125 000 \$, que l'intimée a une fois de plus rejetée, et l'ont finalement retirée. L'arbitre a accordé à l'intimée une indemnité de 85 879,44 \$ avec intérêts, pour un total de 108 887,75 \$.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Il n'y a aucun doute que le protonotaire a mal appliqué la règle 400 en faisant défaut de tenir compte de deux facteurs: 1) les montants réclamés et obtenus; 2) l'offre de règlement écrite. Parce que l'intimée avait obtenu gain de cause devant l'arbitre sur la question de la responsabilité, le protonotaire a conclu que l'intimée avait droit à ses dépens. Le protonotaire a reconnu que le montant des dépens devait être diminué, étant donné que la somme obtenue était beaucoup moindre que la somme réclamée. Il a par conséquent réduit d'environ 15 000 \$ le montant des dépens adjugés. L'offre de règlement faite plus tôt dans le cadre de l'instance par les appelants dépassait la somme finalement obtenue. Si l'offre avait été acceptée, les deux parties auraient épargné des frais considérables. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, les appelants ont droit à leurs dépens.

Le juge Létourneau (motifs concordants): L'alinéa 420(2)a) des Règles, que les appelants ont invoqué devant le protonotaire, risque fort de causer des injustices. Si l'offre est révoquée—ne serait-ce que la veille du prononcé du jugement—le défendeur ne peut plus se prévaloir de cette disposition et doit s'en remettre à l'exercice presque illimité du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 400. Si le défendeur maintient son offre, le demandeur peut toujours l'accepter, même après un long procès où les témoins de la défense se sont montrés convaincants. L'alinéa 420(2)a) fait pencher injustement la balance en faveur du demandeur et va à l'encontre de l'objectif précis d'obtenir dès le départ le règlement des litiges en vue de favoriser une administration saine et économique de la justice et de préserver les ressources judiciaires limitées. En comparaison, les dispositions comparables des Règles ontariennes encouragent le règlement hâtif du litige en forçant le demandeur à décider avant l'ouverture de l'audience s'il accepte ou non l'offre, à défaut de quoi il s'expose à devoir payer tous les frais engagés subséquemment par le défendeur. Il est nécessaire de réviser la règle 420.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400, 420(2), *Tarif B, colonne III.*
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 49.10(2) (mod. par Règl. de l'Ont. 284/-01, art. 11).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Reza v. Canada, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

APPEAL from the decision of a motions judge (2001 FCT 1363; [2001] F.C.J. No. 1866 (T.D.) (QL)) dismissing an appeal from the decision of a prothonotary, reported at (2001), 213 F.T.R. 130, awarding the respondent a lump sum for costs. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Victor DeMarco for appellants (defendants).
Richard L. Desgagnés for respondent (plaintiff).

SOLICITORS OF RECORD:

Brisset Bishop, Montréal, for appellants (defendants).
Ogilvy Renaud, Montréal, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision of a motions judge dated December 11, 2001 [2001 FCT 1363; [2001] F.C.J. No. 1866 (T.D.) (QL)], which dismissed the appellants' appeal of a decision of Prothonotary Richard Morneau dated November 6, 2001 [(2001), 213 F.T.R. 130 (F.C.T.D.)].

[2] Before the Prothonotary was a joint motion presented by the parties for an order for costs pursuant to rule 400 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. By his order, the Prothonotary awarded the respondent, in lieu of assessed costs, a lump sum of \$40,000.

[3] At issue before us is whether the Motions Judge erred in concluding that the Prothonotary had properly applied rule 400 in the exercise of his discretion to award costs to the respondent.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Reza c. Canada, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

APPEL d'une décision par laquelle un juge des requêtes (2001 CFPI 1363; [2001] A.C.F. n° 1866 (1^{re} inst.) (QL)) a rejeté l'appel d'une décision publiée à (2001), 213 F.T.R. 130 par laquelle un protonotaire avait accordé à l'intimée une somme globale à titre de dépens. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Victor DeMarco pour les appelants (défendeurs).
Richard L. Desgagnés pour l'intimée (demanderesse).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Brisset Bishop, Montréal, pour les appelants (défendeurs).
Ogilvy Renaud, Montréal, pour l'intimée (demanderesse).

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: La Cour est saisie de l'appel d'une décision en date du 11 décembre 2001 [2001 CFPI 1363; [2001] A.C.F. n° 1866 (1^{re} inst.) (QL)] par laquelle le juge des requêtes a rejeté l'appel interjeté par les appelants de la décision rendue le 6 novembre 2001 [(2001), 213 F.T.R. 130 (C.F. 1^{re} inst.)] par le protonotaire Richard Morneau.

[2] Le protonotaire était saisi d'une requête conjointe présentée par les parties en vue d'obtenir que les dépens soient adjugés en vertu de la règle 400 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. Aux termes de son ordonnance, le protonotaire a accordé à l'intimée une somme globale de 40 000 \$ au lieu des dépens taxés.

[3] La question en litige qui nous est soumise est celle de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le protonotaire avait exercé régulièrement le pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 400 dans sa façon d'adjuger les dépens à l'intimée.

[4] A brief summary of the facts will place this appeal in its proper context.

[5] On April 4, 1997, the respondent commenced legal proceedings in this Court against the appellants seeking damages for breach of a contract of carriage to carry sheets of steel from Lithuania to Montréal. In its statement of claim, the respondent claimed a sum in excess of \$5,000,000. In due course, this sum was reduced to \$485,117.99.

[6] By a letter dated September 29, 1997, prior to filing their statement of defence, the appellants made an offer to the respondent to settle the claim for the all-inclusive sum of \$125,000. On October 17, 1997, the respondent rejected the appellants' offer to settle.

[7] Before the matter reached trial, the parties agreed to have their dispute resolved by a sole arbitrator, who was to decide both liability and quantum. The parties further agreed that the issue of costs would be withheld from the arbitrator and would, following his decision, be brought before the Trial Division for adjudication.

[8] I should point out, before going any further, that in March 2000, the appellants reiterated their all-inclusive offer of \$125,000, which offer was again rejected by the respondent. Ultimately, on November 9, 2000, at the commencement of the fourth day of the arbitration hearing, the appellants withdrew their offer.

[9] The arbitrator rendered his award on December 21, 2000. He held that the respondent was entitled to compensation in the sum of \$85,879.44 with simple interest at 7% from April 3, 1997 to the date of payment. On January 30, 1998, the appellants paid to the respondent the sum of \$108,887.75, inclusive of capital and interest, thereby satisfying in full the arbitration award.

[10] By an order dated March 2, 2001, the Prothonotary homologated the arbitration award. In April 2001, the parties filed a joint motion requesting a special hearing on costs and by order dated May 3, 2001, the Prothonotary directed that the issue of costs be dealt with

[4] Un bref résumé des faits nous permettra de situer le présent appel dans son contexte.

[5] Le 4 avril 1997, l'intimée a introduit une instance devant notre Cour en vue de réclamer aux appelants des dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat de transport de tôles minces en acier entre la Lithuanie et Montréal. Dans sa déclaration, l'intimée réclamait à l'origine une somme de plus de 5 000 000 \$. Cette somme a par la suite été ramenée à 485 117,99 \$.

[6] Par lettre datée du 29 septembre 1997, avant le dépôt de leur défense, les appelants ont offert à l'intimée de régler le litige pour une somme globale de 125 000 \$. Le 17 octobre 1997, l'intimée a rejeté l'offre de règlement des appelants.

[7] Avant que la Cour ne commence à instruire l'affaire, les parties ont accepté de faire trancher le litige par un arbitre unique, qui devait se prononcer tant sur la responsabilité que sur le montant de l'indemnité. Les parties ont en outre convenu que la question des dépens ne serait pas soumise à l'arbitre et qu'elle serait, après la décision de ce dernier, confiée à la Section de première instance pour qu'elle la tranche.

[8] Je tiens à souligner, avant d'aller plus loin, qu'en mars 2000, les appelants ont réitéré leur offre globale de 125 000 \$, que l'intimée a une fois de plus rejetée. Finalement, le 9 novembre 2000, au début de la quatrième journée de l'audience se déroulant devant l'arbitre, les appelants ont retiré leur offre.

[9] L'arbitre a rendu sa sentence le 21 décembre 2000. Il a statué que l'intimée avait droit à une indemnité de 85 879,44 \$ avec intérêts simples calculés au taux de 7 % à compter du 3 avril 1997 et jusqu'à la date du paiement. Le 30 janvier 1998, les appelants ont payé à l'intimée la somme de 108 887,75 \$, qui comprenait le capital et les intérêts, exécutant ainsi intégralement la sentence arbitrale.

[10] Aux termes d'une ordonnance datée du 2 mars 2001, le protonotaire a homologué la sentence arbitrale. En avril 2001, les parties ont déposé une requête conjointe par laquelle elles demandaient la tenue d'une audience spéciale sur les dépens et, aux termes de

at a special hearing in Montréal on September 26, 2001.

[11] At the hearing of the joint motion for costs, the respondent argued that as it had succeeded before the arbitrator on the issue of liability, it was thus entitled to its costs. The appellants took a different view and argued that they were entitled to their costs, primarily on the ground that the sum of \$125,000 which they had offered in settlement of the respondent's action exceeded the amount of the award obtained by the respondent.

[12] The Prothonotary held in favour of the respondent and awarded it costs in the sum of \$40,000. By way of a motion dated November 16, 2001, the appellants appealed the Prothonotary's order to the Trial Division. Because of her view that the Prothonotary had not misapplied rule 400, the Motions Judge dismissed the appeal.

[13] The thrust of the appellants' argument is that the Prothonotary was clearly wrong in applying rule 400 as he did and hence, that the Motions Judge erred in concluding that the Prothonotary had not misapplied the rule. In my view, that submission is well founded.

[14] The relevant parts of rule 400 are as follows:

400. (1) The Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

...

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

(a) the result of the proceeding;

(b) the amounts claimed and the amounts recovered;

...

(e) any written offer to settle;

l'ordonnance qu'il a rendue le 3 mai 2001, le protonotaire a ordonné que la question des dépens soit instruite lors d'une audience spéciale devant avoir lieu à Montréal le 26 septembre 2001.

[11] Lors de l'instruction de la requête conjointe relative aux dépens, l'intimée a soutenu que, comme elle avait obtenu gain de cause devant l'arbitre sur la question de la responsabilité, elle avait donc droit à ses dépens. Les appelants ont adopté un point de vue différent et ont soutenu qu'ils avaient droit à leurs dépens, principalement au motif que la somme de 125 000 \$ qu'ils avaient offerte en règlement de l'action de l'intimée dépassait le montant que l'intimée avait obtenu aux termes de la sentence arbitrale.

[12] Le protonotaire a donné gain de cause à l'intimée et lui a adjugé la somme de 40 000 \$ à titre de dépens. Par requête datée du 16 novembre 2001, les appelants ont interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire devant la Section de première instance. Parce qu'elle était d'avis que le protonotaire n'avait pas mal appliqué la règle 40, le juge des requêtes a rejeté l'appel.

[13] Les appelants soutiennent essentiellement que le protonotaire a de toute évidence mal appliqué la règle 400 et que le juge des requêtes a par conséquent commis une erreur en concluant que le protonotaire avait régulièrement appliqué cet article. À mon avis, cet argument est bien fondé.

[14] Voici les dispositions pertinentes de la règle 400:

400. (1) La Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent les payer.

[. . .]

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou l'autre des facteurs suivants:

(a) le résultat de l'instance;

(b) les sommes réclamées et les sommes recouvrées;

[. . .]

(e) toute offre écrite de règlement;

[15] Subsection 400(1) provides that the Court is to have full discretion with respect to the amount and allocation of costs and the determination of by whom such costs are to be paid. In exercising this discretion, a judge or prothonotary may consider any of the 14 factors which are listed in subsection 400(3). Thus, for the purpose of making a determination under the rule, the Court will have regard to all of the relevant factors.

[16] There can be no doubt whatsoever that the Prothonotary misapplied rule 400, in that he failed to consider two of the relevant factors listed in subsection 400(3), namely factors (b) and (e). After concluding that paragraph 420(2)(a) could not be considered because the appellants' offer had been revoked during the course of the arbitration hearing, he turned his mind to rule 400. He stated his view that only factor (a) of subsection 400(3), i.e. the result of the proceeding, was relevant for the purpose of determining which of the parties should bear the costs of the proceeding. At paragraphs 17 and 18 of his reasons, the Prothonotary states:

In terms of the award of costs to either party, the other factor which merits consideration—and which in my opinion should govern the award of costs—is the result of the proceeding within the meaning of paragraph 400(3)(a).

In this connection, it seems to me that in this case it is the plaintiff who should be considered the victor. The arbitrator determined the liability factor in its favour. And liability was clearly the matter of most concern in the dispute leading up to and during the arbitration. [Underlining added.]

[17] Because the respondent had succeeded before the arbitrator on the issue of liability, which issue in his view was crucial, the Prothonotary concluded that the respondent had won and thus, factor (a) favoured the respondent. Consequently, the respondent was entitled to its costs.

[18] Although he did not consider factors (b) and (e) in determining which of the parties had to pay costs, the Prothonotary did consider those factors in determining the quantum payable by the appellants. This appears quite clearly from paragraph 19 of his reasons, where he states:

[15] Le paragraphe 400(1) prévoit que la Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent les payer. Pour exercer ce pouvoir discrétionnaire, le juge ou le protonotaire peut tenir compte de l'un quelconque des 14 facteurs énumérés au paragraphe 400(3). Ainsi, pour rendre une décision en vertu de cette règle, la Cour tient compte de tous les facteurs pertinents.

[16] Il n'y a pas le moindre doute que le protonotaire a mal appliqué la règle 400, étant donné qu'il a fait défaut de tenir compte de deux des facteurs pertinents énumérés au paragraphe 400(3), en l'occurrence les facteurs b) et e). Après avoir conclu qu'il ne pouvait tenir compte de l'alinéa 420(2)a) parce que l'offre des appelants avait été révoquée au cours de l'audience d'arbitrage, il s'est ensuite penché sur la règle 400. Il s'est dit d'avis que seul le facteur prévu à l'alinéa 400(3)a), c'est-à-dire celui relatif au résultat de l'instance, était pertinent lorsqu'il s'agissait de déterminer laquelle des parties devait être condamnée aux dépens. Aux paragraphes 17 et 18 de ses motifs, le protonotaire déclare:

Au niveau de l'octroi des dépens à l'une ou l'autre des parties, l'autre facteur qui mérite d'être envisagé—et qui doit selon moi gouverner l'octroi des dépens—est le résultat des procédures au sens de la règle 400(3)a).

Sous cet aspect, il m'apparaît que l'on doit considérer que c'est la demanderesse qui doit ici être vue comme victorieuse. En effet, l'arbitre a tranché l'élément de responsabilité en sa faveur. Il est indéniable que l'aspect responsabilité fut l'élément le plus préoccupant du débat lors de la préparation de l'arbitrage et lors de celui-ci. [Non souligné dans l'original.]

[17] Parce que l'intimée avait obtenu gain de cause devant l'arbitre sur la question de la responsabilité, laquelle question était à son avis cruciale, le protonotaire a conclu que l'intimée était victorieuse et que le facteur a) la favorisait. En conséquence, l'intimée avait selon lui droit à ses dépens.

[18] Bien qu'il n'ait pas tenu compte des facteurs b) et e) pour décider laquelle des parties devait être condamnée aux dépens, le protonotaire a effectivement tenu compte de ces mêmes facteurs pour déterminer le montant de l'indemnité que les appelants devaient payer, comme le démontre à l'évidence l'extrait suivant du paragraphe 19 de ses motifs:

Furthermore, a portion of the damages the plaintiff was seeking was awarded to it. That the amount obtained by the plaintiff was much less than the amount claimed may be of some relevance as to the quantum of costs to be allowed to the plaintiff, as is the fact that there was a written offer.

[19] Although he was of the view that the respondent's costs amounted to \$55,137.02, he reduced this sum to \$40,000 because the appellants had made a written offer of settlement and because the amount recovered by the respondent was inferior to the amount claimed.

[20] It is clear from rule 400 that all of the relevant factors must be considered in deciding, not only the quantum of costs, but also their allocation and the determination of by whom such costs should be paid. Thus, in restricting his consideration of the relevant factors to factor (a) in his determination of which party should pay the costs, the Prothonotary misapplied rule 400.

[21] There can be no doubt that factors (b) and (e) were highly relevant considerations in the circumstances of this case and, more particularly, factor (e), the offer to settle made by the appellants. These factors had to be considered by the Prothonotary in the exercise of his discretion as to whether the respondent or the appellants ought to bear the costs. This, the Prothonotary clearly failed to do.

[22] In holding that the Prothonotary had not misapplied rule 400, the Motions Judge was clearly wrong. The Judge, like the Prothonotary, was of the view that it was a proper exercise of discretion under rule 400 to restrict consideration of the appellants' offer to settle to the quantum of the costs. In my respectful view, the Motions Judge made the same error as the Prothonotary, and thus she misapplied rule 400. This error is clearly apparent from a reading of paragraphs 8 to 11 of her reasons, which I now reproduce:

The general rule is that costs are normally awarded to the successful party, (*Merck & Co. v. Novopharm Ltd.* (1998), 152 F.T.R. 74 (F.C.T.D.); *Ticketnet Corp. v. Canada* (1999), 99 D.T.C. 5429). In the case at bar, Prothonotary Morneau determined that the plaintiff was the successful party and thus

De plus, une partie des dommages que la demanderesse réclamait lui fut octroyée. Le fait que la somme obtenue par la demanderesse soit fortement moindre que la somme réclamée pourra, tout comme le fait qu'il y ait eu une offre écrite, porter quant au quantum des dépens à accorder à la demanderesse.

[19] Bien qu'il se soit dit d'avis que les dépens de l'intimée s'élevaient à 55 137,02 \$, le protonotaire a ramené cette somme à 40 000 \$ parce que les appelants avaient fait une offre de règlement écrite et parce que la somme récupérée par l'intimée était inférieure à la somme réclamée.

[20] Il ressort à l'évidence de la règle 400 qu'il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer, non seulement le montant des dépens, mais aussi pour les répartir et pour désigner les personnes qui doivent les payer. Ainsi, en restreignant son examen des facteurs pertinents au seul facteur a) pour déterminer qui devait être condamné aux dépens, le protonotaire a mal appliqué la règle 400.

[21] Il n'y a aucun doute que les facteurs b) et e) constituaient des facteurs très pertinents, eu égard aux circonstances de l'espèce, et plus particulièrement le facteur e), en l'occurrence l'offre de règlement faite par les appelants. Le protonotaire devait tenir compte de ces facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer qui, de l'intimée ou des appelants, devait supporter les dépens. Or, le protonotaire a de toute évidence omis de le faire.

[22] C'est manifestement à tort que le juge des requêtes a estimé que le protonotaire n'avait pas mal appliqué la règle 400. À l'instar du protonotaire, le juge s'est dite d'avis que de restreindre l'examen de l'offre de règlement des appelants à la fixation du montant des dépens constituait un exercice régulier du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 400. À mon humble avis, le juge des requêtes a commis la même erreur que le protonotaire, et elle a donc mal appliqué la règle 400. Cette erreur ressort à l'évidence à la lecture des paragraphes 8 à 11 de ses motifs, que je reproduis:

La règle générale veut que les dépens soient normalement accordés à la partie qui a gain de cause, (*Merck & Co. c. Novopharm Ltd.* (1998), 152 F.T.R. 74 (C.F. 1^{re} inst.); *Ticketnet Corp. c. Canada* (1999), 99 D.T.C. 5429). En l'espèce, le protonotaire Morneau a décidé que la

awarded it costs.

Rule 400 gives a wide discretion to the Court in relation to costs. Rule 400(3) lists a number of factors that the Court may wish to consider in the exercise of its discretion. However, I also note that it is not restrictive and that the Court may consider any other matter that it considers relevant (Rule 400(3)(o)). The amount of the award of damages is only one factor in consideration of costs. (*Doyle v. Sparrow* (1979), 106 D.L.R. (3d) 551 (Ontario C.A.)).

Furthermore, the Prothonotary did not state that an out-of-court settlement offer had no bearing on the determination as to entitlement of costs. Rather, he said that it had no bearing on his discretionary consideration of the "result of the proceeding". In fact, Prothonotary Morneau took into consideration the offer to settle in determining the quantum of costs (see paragraphs 16, 19 and 28 of his order).

For these reasons, I reject the defendants' submission that the Prothonotary misapplied Rule 400 and consequently, the appeal is dismissed.

[23] As the Prothonotary failed to give sufficient weight to all of the relevant considerations, the Motions Judge ought to have reviewed his decision (see *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at page 404).

[24] I am satisfied that had the Prothonotary given proper consideration, as he ought to have, to factors (b) and (e), he would have come to a different conclusion as to which of the parties should bear the costs of the proceedings.

[25] Firstly, as he himself noted in regard to his determination of the amount of costs to which the respondent was entitled, the amount of damages obtained by the respondent as a result of the arbitration award falls dramatically short of the amount claimed in the statement of claim. Secondly, the offer of settlement made by the appellants was in excess of the amount ultimately recovered by the respondent. That offer was unequivocal and was made early on in the proceedings; had it been accepted by the respondent, the parties would not have incurred the substantial costs which were ultimately

demanderesse avait eu gain de cause et lui a donc accordé les dépens.

L'article 400 des Règles confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire relativement aux dépens. Le paragraphe 400(3) des Règles énumère un certain nombre de facteurs que la Cour peut vouloir prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, je note également que cette liste n'est pas limitative et que la Cour peut prendre en considération toute autre question qu'elle juge pertinente (article 400(3)(o) des Règles). Le montant des dommages-intérêts accordés n'est qu'un des facteurs à prendre en compte dans la détermination du montant des dépens. (*Doyle c. Sparrow* (1979), 106 D.L.R. (3d) 551 (C.A. Ont.)).

Par ailleurs, le protonotaire n'a pas dit qu'une offre de règlement à l'amiable n'avait aucune influence sur la décision relative au droit aux dépens. Il a plutôt dit qu'elle n'avait aucune influence sur sa prise en compte discrétionnaire du «résultat des procédures». En fait, le protonotaire Morneau a pris en considération l'offre de règlement dans la détermination du montant à accorder à titre de dépens. (voir paragraphes 16, 19 et 28 de son ordonnance).

Pour ces motifs, je rejette l'argument des défendeurs selon lequel le protonotaire n'a pas appliqué correctement l'article 400 des Règles et, en conséquence, l'appel est rejeté.

[23] Comme le protonotaire n'avait pas accordé suffisamment d'importance à tous les facteurs pertinents, le juge des requêtes aurait dû réviser sa décision (voir l'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, à la page 404).

[24] Je suis convaincu que, si le protonotaire avait tenu dûment compte des facteurs b) et e), comme il avait l'obligation de le faire, il en serait arrivé à une conclusion différente sur la partie qui devait être condamnée aux dépens de l'instance.

[25] En premier lieu, ainsi qu'il l'a lui-même fait remarquer au sujet de la détermination du montant des dépens auquel l'intimée avait droit, le montant des dommages-intérêts obtenus par l'intimée en vertu de la sentence arbitrale était considérablement moindre que la somme qui était réclamée dans la déclaration. Deuxièmement, l'offre de règlement faite par les appelants dépassait la somme que l'intimée avait finalement obtenue. L'offre était sans équivoque et elle avait été faite dès le début de l'instance. Si elle avait été acceptée par l'intimée, les parties n'auraient pas engagé

incurred. Thirdly, bearing in mind that the offer of settlement exceeded the arbitrator's award, it cannot be said that the respondent improved its position by proceeding to the arbitration hearing. In the end, the respondent would have been better off had it accepted the settlement offer.

[26] I am therefore of the view that on a proper consideration and weighing of all of the relevant factors, the appellants ought to have their costs. I might add that the effect of depriving the appellants of their costs, in the circumstances of this case, would render the offer to settle meaningless.

[27] For these reasons, I would allow the appeal with costs in this Court and in the Trial Division, set aside the order made by the Motions Judge on December 11, 2001 and, rendering the judgment that the Motions Judge ought to have rendered, I would allow the appellants' appeal from the Prothonotary's order and award the appellants their costs, to be assessed in accordance with Column III of Tariff B.

DESJARDINS J.A.: I concur.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[28] LÉTOURNEAU J.A.: I agree with my colleague and would dispose of the appeal as he proposes. I would like to add a short comment on paragraph 420(2)(a) which was relied upon by the defendants [appellants herein] before the Prothonotary. The rule reads as follows:

420. . . .

(2) Unless otherwise ordered by the Court, where a defendant makes a written offer to settle that is not revoked,

(a) if the plaintiff obtains a judgment less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff shall be entitled to party-and-party costs to the date of service of the offer and the defendant shall be entitled to double such costs,

les frais considérables qu'elles ont finalement dû supporter. Troisièmement, si l'on tient compte du fait que l'offre de règlement dépassait la somme accordée par l'arbitre, on ne peut affirmer que l'intimée a amélioré sa situation en passant à l'étape de l'audience d'arbitrage. En fin de compte, l'intimée se serait retrouvée dans une situation plus avantageuse si elle avait accepté l'offre de règlement.

[26] Je suis par conséquent d'avis, après avoir tenu dûment compte de tous les facteurs pertinents, que les appelants ont droit à leurs dépens. Je tiens à signaler qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, priver les appelants de leurs dépens aurait pour effet de vider l'offre de règlement de son sens.

[27] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens tant devant notre Cour que devant la Section de première instance, d'annuler l'ordonnance rendue par le juge des requêtes le 11 décembre 2001 et, rendant le jugement que le juge des requêtes aurait dû prononcer, d'accueillir l'appel interjeté par les appelants de l'ordonnance du protonotaire et d'adjuger aux appelants leurs dépens, qui devront être taxés conformément à la colonne III du tarif B.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je suis du même avis.

* * *

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

[28] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d'accord avec mon collègue et je trancherais l'appel de la manière qu'il propose. J'aimerais ajouter de brefs commentaires sur l'alinéa 420(2)a) que les défendeurs [appellants] ont invoqué devant le protonotaire. Cet alinéa est ainsi rédigé:

420. [. . .]

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour, lorsque le défendeur présente par écrit une offre de règlement qui n'est pas révoquée et que le demandeur:

a) obtient un jugement moins avantageux que les conditions de l'offre, le demandeur a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et le défendeur a droit au double de ces dépens, à l'exclusion des

excluding disbursements, from that date to the date of judgment. . . .

[29] In his argument before the Prothonotary, counsel for the defendants submitted that paragraph 420(2)(a) should be interpreted by reading in, at least implicitly, the following prescriptions found in rule 49.10(2) [as am. by O. Reg. 284/01, s. 11] of the Ontario *Rules of Civil Procedure* [R.R.O. 1990, Reg. 194]:

49.10 . . .

(2) Where an offer to settle,

(a) is made by a defendant at least seven days before the commencement of the hearing;

(b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing; and

(c) is not accepted by the plaintiff,

and the plaintiff obtains a judgment as favourable as or less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to partial indemnity costs to the date the offer was served and the defendant is entitled to partial indemnity costs from that date, unless the court orders otherwise.

The Prothonotary properly refused to follow counsel's submission and concluded that paragraph 420(2)(a), as it reads, did not apply in the circumstances because the written offer made by the defendants was revoked on the fourth day of the hearing before the arbitrator. The defendants decided to withdraw their firm offer a third of the way through the hearing for a number of reasons. First, the offer had been made early in the process to avoid a trial. Second, the defendants had already incurred enormous costs in defending the claim to that point. Third, as the evidence was evolving, the defendants thought that their offer was too generous: they were afraid that it might be accepted at the end of the arbitration hearing, leaving them with irretrievable significant costs.

[30] As drafted, paragraph 420(2)(a) has a serious potential for unfairness. As the present instance shows, if the offer is revoked, even if only a day before the case is taken under advisement or before judgment is rendered, a defendant loses the benefit of the rule and is

débours, à compter du lendemain de cette date jusqu'à la date du jugement;

[29] Dans la plaidoirie qu'il a prononcée devant le protonotaire, l'avocat des défendeurs soutenait que l'on devait lire, du moins implicitement, dans l'alinéa 420(2)a) les prescriptions suivantes que l'on trouve au paragraphe 49.10(2) [mod. par Règl. de l'Ont. 284/01, art. 11] des *Règles de procédure civile* [R.R.O. 1990, Règl. 194] de l'Ontario:

49.10 [. . .]

(2) Si une offre de transaction:

a) est présentée par un défendeur au moins sept jours avant le début de l'audience;

b) n'est pas retirée et n'expire pas avant le début de l'audience;

c) n'est pas acceptée par le demandeur,

et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou moins favorable, que les conditions de l'offre, le demandeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à la date de la signification de l'offre et le défendeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal.

Le protonotaire a, à bon droit, refusé de retenir l'argument de l'avocat et a conclu que, dans sa rédaction actuelle, l'alinéa 420(2)a), ne s'appliquait pas en l'espèce parce que l'offre écrite présentée par les défendeurs avait été révoquée le quatrième jour de l'audience présidée par l'arbitre. Les défendeurs ont décidé pour plusieurs raisons de retirer leur offre ferme alors que le tiers de l'audience s'était déjà déroulé. Premièrement, l'offre avait été faite tôt pour éviter un procès. Deuxièmement, les défendeurs avaient déjà englouti des sommes considérables pour contester la demande sur ce point. Troisièmement, comme la preuve évoluait, les défendeurs croyaient que leur offre était trop généreuse: ils craignaient qu'elle soit acceptée à la fin de l'audience d'arbitrage et de se retrouver avec des frais irrécouvrables considérables.

[30] Dans sa rédaction actuelle, l'alinéa 420(2)a) risque fort de causer des injustices. Ainsi que la présente instance le démontre, si l'offre est révoquée, ne serait-ce que la veille du prononcé du jugement ou de la mise en délibéré, le défendeur ne peut plus se prévaloir de cette

left to rely upon an almost unfettered exercise of jurisdiction under rule 400. As I can see in the case at bar, there is no guarantee that, even with the best of intents, the discretion will be exercised judicially. In addition, a respondent bears the heavy and difficult burden of proving an improper exercise of jurisdiction.

[31] The situation for a defendant is not any better if he leaves the offer open as requested by paragraph 420(2)(a). After nine days of trial, a plaintiff who realizes that the defence witnesses have been convincing and, therefore, that the prospect of winning is not as bright as it once was may move to accept the unrevoked offer. A defendant then finds itself in an invidious position. On the one hand, he cannot claim double costs as allowed by the rule because no judgment will be rendered. He will never know if the offer would have been equal or superior to what would have been allowed. He might be doubly penalized if his offer was inclusive of costs to the plaintiff that he might not have had to pay if a judgment had been rendered. On the other hand, because of a late acceptance of the offer, he then incurs substantial defence costs although his offer, as in the present case, may have been made long before the hearing started. Such hearing costs generated by a plaintiff's failure to accept the offer in a timely fashion cannot then be recovered by a defendant.

[32] Paragraph 420(2)(a), as it exists, unfairly tips the scale in favour of a plaintiff and against a defendant who bears all the risks of an unrevoked offer. It fails to achieve, indeed it defeats, the very purpose of achieving early settlements of cases for a proper and cost-efficient administration of justice and of limited judicial resources. In comparison, the Ontario Rule has the potential and advantage of forcing an early settlement of a case pursuant to an offer: a plaintiff has to make a decision before the beginning of the hearing, otherwise he bears the risk of all subsequent costs incurred by a defendant if he fails to accept the offer when he should have. In addition, the Ontario Rule appears to be better and more fairly structures the exercise of discretion in the best and efficient interest of justice.

disposition et doit s'en remettre à l'exercice presque illimité du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 400. Comme la présente espèce le démontre selon moi, rien ne garantit que, même avec les meilleures intentions du monde, celui qui est investi de ce pouvoir l'exercera de façon judiciaire. De plus, le défendeur doit s'acquitter de la lourde et difficile charge de prouver que le pouvoir discrétionnaire en question n'a pas été exercé de façon régulière.

[31] La situation du défendeur n'est pas meilleure s'il maintient son offre comme l'exige l'alinéa 420(2)a). Après neuf jours de procès, le demandeur qui s'aperçoit que les témoins de la défense sont convaincants et qu'en conséquence, ses chances de gagner diminuent peut décider d'accepter une offre non révoquée. Le défendeur se retrouve alors dans une situation peu reluisante. D'une part, il ne peut réclamer le double des dépens comme le lui permet cet article des Règles parce qu'aucun jugement ne sera rendu. Il ne saura jamais si l'offre aurait été égale ou supérieure à ce qui aurait été accordé. Il risque aussi d'être doublement pénalisé si son offre comprenait les dépens du demandeur qu'il n'aurait peut-être pas eu à payer si un jugement avait été rendu. D'autre part, à cause de l'acceptation tardive de l'offre, il doit engager des frais judiciaires élevés même si son offre, comme en l'espèce, a été faite longtemps avant le début de l'audience. Le défendeur ne peut par la suite récupérer les frais d'audience engendrés par le défaut du demandeur d'accepter l'offre en temps utile.

[32] Dans sa rédaction actuelle, l'alinéa 420(2)a) fait pencher injustement la balance en faveur du demandeur et désavantage le défendeur, qui supporte tous les risques de la non-révocation de l'offre. Il ne facilite pas l'atteinte de l'objectif précis d'obtenir dès le départ le règlement des litiges en vue de favoriser une administration saine et économique de la justice et des ressources judiciaires limitées; en fait, il va à l'encontre du but recherché. En comparaison, les dispositions précitées des Règles ontariennes ont l'avantage de forcer le règlement hâtif du litige en donnant suite à l'offre de transaction. Le demandeur doit décider avant l'ouverture de l'audience s'il accepte ou non l'offre, à défaut de quoi il s'expose à devoir payer tous les frais engagés subséquentement par le défendeur s'il n'accepte pas l'offre au moment où il devait le faire. Qui plus est, les Règles ontariennes

semblent être meilleures et mieux encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt supérieur de la justice et de l'efficacité.

[33] In conclusion, the present case which has generated extensive and costly litigation on the sole issue of costs, in my opinion, illustrates the need for a review of rule 420.

[33] En conclusion, la présente affaire, qui a donné lieu à un procès long et coûteux sur la question des dépens, illustre bien, à mon avis, la nécessité de réviser la règle 420.

T-1958-00
2003 FCT 465

T-1958-00
2003 CFPI 465

Michel Tremblay (*Applicant*)

Michel Tremblay (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada, Carlo Lanetti and Daniel Plouffe (*Respondents*)

Le Procureur général du Canada, Carlo Lanetti et Daniel Plouffe (*défendeurs*)

INDEXED AS: TREMBLAY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: TREMBLAY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Kelen J.—Ottawa, April 7 and 22, 2003.

Section de première instance, juge Kelen—Ottawa, 7 et 22 avril 2003.

Public Service — Selection Process — Merit Principle — Steps having to be taken by government department holding competition to accommodate disabled candidate without putting others at disadvantage — Purpose of PSEA, s. 21 appeal to prevent appointment contravening merit principle, not to protect applicant's rights — Board not precluded from considering human rights principles within merit principle analysis — Necessity for flexibility with merit principle application — Decisions to be made on case-by-case basis — Rigid approach adopted herein — Department failing to conduct analysis tailored to applicant's circumstances — Court unable to say whether proposed accommodations would have allowed applicants to compete on equal footing or disadvantaged others — New competition to be conducted.

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Mesures que doit prendre un ministère qui tient un concours pour s'adapter aux besoins d'un candidat ayant une déficience tout en veillant à ce que les autres candidats ne soient pas défavorisés — L'objet de l'appel prévu à l'art. 21 de la LÉFP est d'empêcher qu'une nomination contrevienne au principe du mérite et non de protéger les droits du demandeur — Il n'est pas interdit à la Commission de prendre en compte les principes relatifs aux droits de la personne dans le cadre de son analyse du principe du mérite — La souplesse est de mise dans l'application du principe du mérite — Les décisions doivent être prises au cas par cas — On a fait preuve de rigidité en l'espèce — Le Ministère n'a pas procédé à une analyse adaptée à la situation du demandeur — La Cour ne peut établir si les mesures d'adaptation proposées permettent au demandeur de participer au concours sur un pied d'égalité ou désavantagent les autres candidats — Il faudra procéder à un nouveau concours.

Human Rights — Applicability of human rights principles to public service selection process, merit principle — Candidate disabled by MS seeking Transport Canada technical support position — Stricken from list of candidates when rejecting accommodation offered — Whether applicant failed duty to facilitate acceptable accommodation search — S.C.C. caselaw on justification of discriminatory standards as BFOR inapplicable to case involving public service competition, merit principle — Still, appeal board may take human rights principles into account within merit principle analysis — Department failed to discharge duty of reasonable accommodation with adopting rigid approach to merit principle — New competition necessary as Court unable to say whether proposed accommodation would have permitted applicant to compete on equal footing or given advantage over others.

Droits de la personne — Applicabilité des principes relatifs aux droits de la personne en regard du processus de sélection de la fonction publique et du principe du mérite — Candidat à un poste en soutien technique auprès de Transports Canada qui a la sclérose en plaques — Il est rayé de la liste des candidats après avoir rejeté les mesures d'adaptation offertes — Le demandeur a-t-il manqué à son obligation de faciliter la recherche de mesures d'adaptation appropriées — La jurisprudence de la C.S.C. sur les exigences professionnelles réelles comme justification de normes discriminatoires n'est pas applicable dans une affaire mettant en jeu un concours de la fonction publique et le principe du mérite — Un comité d'appel peut, malgré tout, prendre en compte les principes relatifs aux droits de la personne dans le cadre de l'analyse du principe du mérite — Le Ministère a manqué à son obligation de prendre des mesures d'adaptation raisonnables en ayant une approche rigide face au principe du mérite — Il est nécessaire de procéder à un nouveau concours, la Cour n'ayant pu établir si les mesures permettaient au demandeur

Section 10 of the Public Service Employment Act (PSEA) requires that appointments to and from within the public service be based on merit. This application for the judicial review of the decision of an appeal board, appointed under section 21 of the act, raised the issue as to the steps that have to be taken by a government department to accommodate a disabled candidate without putting other candidates at a disadvantage.

The facts were that the applicant, who is afflicted with Multiple Sclerosis, appealed the appointments of two competitors for Technical Support Officer positions with Transport Canada. The competition involved a 3.5-hour written examination and the applicant provided a letter from his doctor explaining his vision and dexterity limitations and that he is "significantly disabled by fatigue". By way of accommodation, the Department decided to allow applicant to write the exam over a three-day period and that he be granted 50% more time. Furthermore, the time of any breaks he needed to take would not be counted and a laptop would be provided. The applicant sent an e-mail indicating that these accommodations were inadequate to meet his needs, so he would not be sitting the examination. The Department next consulted a Public Service Commission (PSC) psychologist who advised that the PSC accommodation Guidelines did not have to be followed. Rather, each case was to be individually assessed. The psychologist added that how generous the Department could be regarding the time limit depended on whether the time factor was an important element of the exam. Since the work of a Technical Support Officer involves response to a great many deadlines, the Department concluded that time was of the essence and declined to grant applicant more than 50% extra time to complete the written exam. When the applicant again refused to sit the exam, he was notified that his name would be stricken from the list of candidates. In an e-mail to the applicant, the Department indicated its failure to understand why he had failed to propose what terms would be acceptable for sitting the exam. An Appeal Board was satisfied that the Department had taken reasonable steps at accommodation and rejected the applicant's appeal. Transport Canada had not acted unreasonably in concluding that to give the applicant unlimited time would confer upon him an advantage over the other candidates, thereby contravening the merit principle. Again, the applicant had failed in his duty to facilitate the search for an acceptable accommodation, a requirement imposed by the Supreme Court of Canada in the case *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*.

de participer au concours sur un pied d'égalité ou désavantageaient les autres candidats.

L'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) requiert que les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se fassent sur la base d'une sélection fondée sur le mérite. La présente demande de contrôle judiciaire de la décision d'un comité d'appel, constitué en vertu de l'article 21 de la LEFP, soulevait la question des mesures qu'un ministère est tenu de prendre pour s'adapter aux besoins d'un candidat ayant une déficience tout en veillant à ce que les autres candidats ne soient pas défavorisés.

Comme situation de fait, le demandeur, qui a la sclérose en plaques, a fait appel de la nomination de deux concurrents à des postes d'agents de soutien technique auprès de Transports Canada. Le concours nécessitait de passer un examen écrit de trois heures et demie, et le demandeur a transmis une lettre de son médecin expliquant que sa vision et sa dextérité étaient restreintes et qu'il était «très incommodé par la fatigue». Comme mesures d'adaptation, le Ministère a décidé de permettre au demandeur d'écrire l'examen sur une période de trois jours, tout en bénéficiant d'un délai additionnel de 50 % pour le rédiger. En outre, les pauses requises ne seraient pas prises en compte dans le calcul du temps alloué et on fournirait un ordinateur portable au demandeur. Celui-ci a répondu par courriel que ces mesures ne satisfaisaient pas à ses besoins et qu'il ne serait pas présent à la session d'examen. Le Ministère a ensuite consulté un psychologue de la Commission de la fonction publique (CFP), selon lequel il n'était pas impératif de suivre les lignes directrices de la CFP. Chaque cas devait plutôt être évalué de manière individuelle. Le psychologue a également déclaré que le Ministère devait être plus ou moins libéral quant au délai alloué en fonction de l'importance du facteur temps en tant qu'élément de l'examen. Puisque les agents de soutien technique ont à respecter un grand nombre de délais, le Ministère a conclu que le facteur temps était un élément important et a refusé d'accorder au demandeur plus que le délai additionnel prévu de 50 % pour écrire l'examen. Le demandeur ayant de nouveau refusé de passer l'examen, on l'a informé que son nom serait retiré de la liste des candidats. Le Ministère a déclaré, dans un courriel envoyé au demandeur, qu'il avait du mal à comprendre pourquoi ce dernier n'avait fait aucune proposition quant aux conditions qu'il jugeait acceptables pour passer l'examen. Un comité d'appel s'est dit convaincu que le Ministère avait pris des mesures d'adaptation raisonnables et a rejeté l'appel du demandeur. Il n'était pas déraisonnable pour Transports Canada de conclure qu'accorder à l'appelant un délai illimité serait l'avantage par rapport aux autres candidats, ce qui est contraire au principe de la sélection fondée sur le mérite. Encore une fois, le demandeur ne s'était

Held, the application should be allowed.

The Board's decision on the issue of law raised herein was to be reviewed according to the standard of correctness, the Appeal Board lacking of high degree of expertise in this area. One sub-issue was the extent to which the Board could apply human rights principles in determining whether the accommodations had been reasonable. The applicant relied upon the Supreme Court's judgment in *Meiorin*, which established a reformulation of the approach to be utilized in determining whether a *prima facie* discriminatory standard is justified as a *bona fide* occupational requirement. It was held in *Meiorin* that an employer had to demonstrate that it was "impossible" to accommodate an individual's disability without imposing "undue hardship" upon the employer. It was, however, argued on behalf of the Attorney General that an appeal board was not empowered by the PSEA to apply the *Canadian Human Rights Act* or principles applicable to human rights legislation. It was urged that an appeal board's concern was to uphold the merit principle and to consider whether accommodations were fair to other competition candidates. Indeed, in *Charest*, the Federal Court of Appeal made it clear that the purpose of a section 21 appeal was to prevent an appointment that would be in contravention of the merit principle and not to protect the appellant's rights.

It was apparent that the *Meiorin* standard was inapplicable to an appeal involving the merit principle. The Board's task is not to identify discriminatory standards and determine whether they can be justified but rather to decide whether the accommodations permitted the appellant to compete on an equal footing with other candidates. That did not, however, mean that the Board was precluded from taking human rights principles into account as part of the merit principle analysis.

The necessity for flexibility in the application of the merit principle is reinforced by the PSC Guidelines which emphasize that decisions have to be made on a case-by-case basis. But in the instant case, the Department adopted a rigid approach to the merit principle, failing to discharge its duty to reasonably accommodate the applicant. It did not conduct an analysis tailored to the applicant's circumstances. Transport Canada lacked a real understanding as to what was needed to accommodate the applicant and could not have known if its proposal addressed his needs. This Court was unable to say

pas acquitté de son obligation, imposée par la Cour suprême du Canada dans *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, de faciliter la recherche d'un compromis acceptable.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Le comité d'appel n'ayant pas des compétences spécialisées très poussées dans le domaine, la norme de contrôle judiciaire appropriée relativement à sa décision sur la question de droit soulevée en l'espèce était celle de la décision correcte. Une sous-question concernait la mesure dans laquelle le comité pouvait appliquer les principes en matière de droits de la personne pour décider si les mesures d'adaptation offertes étaient raisonnables. Le demandeur a fait valoir la décision *Meiorin*, dans laquelle la Cour suprême a reformulé la méthode devant servir à établir si une norme discriminatoire à première vue est ou non une exigence professionnelle justifiée. On a statué dans *Meiorin* que l'employeur devait démontrer qu'il lui était «impossible», sans subir une «contrainte excessive», de composer avec la déficience de l'intéressé. On a toutefois soutenu au nom du Procureur général que la LEFP ne confère pas à un comité d'appel le pouvoir d'appliquer la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou les principes régissant les lois sur les droits de la personne. Le comité d'appel aurait pour mandat d'assurer le respect du principe du mérite et d'examiner si les mesures d'adaptation offertes étaient équitables pour les autres candidats. Dans *Charest*, de fait, la Cour d'appel fédérale a clairement énoncé que le droit d'appel prévu à l'article 21 n'a pas pour but de protéger les droits de l'appelant, mais bien d'empêcher qu'une nomination enfreigne le principe du mérite.

Il était manifeste que la norme prévue dans *Meiorin* n'était pas applicable à un appel fondé sur le principe du mérite. Le rôle du comité n'est pas de cerner les normes discriminatoires et d'établir si elles peuvent ou non se justifier, mais plutôt de décider si les mesures d'adaptation offertes à l'appelant lui permettent de participer au concours sur un pied d'égalité avec les autres candidats. Cela n'empêchait toutefois pas le comité de tenir compte des principes relatifs aux droits de la personne, dans le cadre de l'analyse du principe de la sélection selon le mérite.

La nécessité de faire preuve de souplesse dans l'application du principe du mérite est confirmée par les lignes directrices de la CFP, qui insistent sur le fait que les décisions doivent être prises au cas par cas. En l'espèce, cependant, le Ministère s'est montré rigide dans l'application du principe du mérite, ne s'acquittant pas de son obligation de prendre des mesures d'adaptation raisonnables à l'endroit du demandeur. Il n'a pas procédé à une analyse sur mesure de la situation du demandeur. Transports Canada n'a pas véritablement compris ce qui était nécessaire pour tenir compte des besoins du

whether the proposed accommodations would have permitted the applicant to compete on an equal footing or given him an advantage over the others. The Department's initial proposal was put forward without expert consultation; the letter from the applicant's doctor merely outlined his symptoms and did not suggest appropriate accommodations. When a departmental personnel officer suggested allowing applicant 100% more time, her colleagues disagreed, saying "stick to the time guidelines" of up to 50% additional time. This reveals that the Department relied too heavily on the PSC Guidelines. The Department did contact a government psychologist but there is no evidence that the psychologist approved of the proposed accommodations. It could not be concluded that, in this case, the necessary steps had been taken to understand the applicant's situation and the measures needed to adequately accommodate his disability.

Before the Board, the applicant had argued that the Department improperly incorporated the ability to work effectively under tight deadlines into the examination and that, his being invited to write the exam was an indication he had already satisfied that requirement. The view of the Department was that the time factor was a necessary part of the exam, successful candidates having to work under non-discretionary deadlines. The Court could not, on the incomplete evidence, conclude that the Board had erred in finding that applicant had not been assessed on the personal suitability requirement of being able to work effectively when under the pressure of tight deadlines.

The Board was not mistaken in pointing out that the applicant might have done more to assist the search for accommodations. He could have been more forthcoming regarding the arrangements at the University of Ottawa when he was working on his M.B.A. This is illustrated by an exchange between the applicant and the Board Chairperson at the hearing of his appeal: "if I would have been approached then I could have informed them that in the past, assessments have been done differently. . . . I wanted to see if the Department was going to follow the Guidelines". Even so, *Renaud* was authority for the proposition that it is the employer which bears the primary onus for devising and implementing accommodations. The merit principle was here not respected as a result of the Department's failure to take the necessary steps to discern the specifics of the applicant's situation and a new competition would have to be conducted.

demandeur, et ne pouvait ainsi savoir si les mesures proposées répondaient à ceux-ci. La Cour ne pouvait établir dans quelle mesure les mesures d'adaptation proposées auraient permis au demandeur de concourir sur un pied d'égalité avec les autres candidats ou lui auraient conféré un avantage sur ceux-ci. Le Ministère n'a pas consulté de spécialistes avant de faire sa première proposition; la lettre du médecin fournissait de l'information uniquement sur les symptômes du demandeur et non sur ce qui devrait être fait pour tenir compte de sa situation. Lorsqu'une agente du personnel a suggéré d'accorder au demandeur un délai additionnel de 100 %, ses collègues n'ont pas été d'accord et ont dit qu'il fallait «s'en tenir aux lignes directrices» permettant une prolongation de délai maximale de 50 %. Cela démontre que le Ministère s'est trop fortement appuyé sur les lignes directrices de la CFP. Le Ministère a bien communiqué avec un psychologue du gouvernement, mais il n'y a aucune preuve du fait que ce psychologue ait approuvé les mesures d'adaptation proposées. Il n'est donc pas possible de conclure qu'en l'espèce, le nécessaire a été fait pour comprendre la situation du demandeur et quelles mesures étaient requises pour composer avec sa déficience.

Le demandeur a soutenu devant le comité d'appel que le Ministère avait fait inclure à tort comme exigence dans l'examen qu'un candidat ait un bon rendement sous la pression de délais serrés, et qu'il découlait de l'invitation à écrire l'examen qu'il répondait déjà à ce critère. Le Ministère estimait que le facteur temps était un élément nécessaire de l'examen, comme le candidat reçu aurait souvent à respecter des délais serrés obligatoires dans le cadre de son travail. La preuve étant incomplète, la Cour ne pouvait conclure que le comité avait conclu erronément qu'on n'avait pas évalué l'aptitude du demandeur à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés.

Le comité n'a pas eu tort de souligner que le demandeur aurait pu faire davantage pour faciliter la recherche d'un compromis. Il aurait pu être plus ouvert au sujet des mesures d'adaptation prises à son égard par l'Université d'Ottawa lorsqu'il y étudiait en vue d'obtenir un M.B.A. On peut le constater par un échange entre la présidente du comité et le demandeur lors de l'instruction de l'appel: «si on m'avait approché, j'aurais pu faire état d'évaluations antérieures effectuées différemment [. . .] Je voulais voir si le Ministère allait suivre les Lignes directrices». Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Renaud* fait principalement reposer sur l'employeur le fardeau de concevoir et de mettre en œuvre des mesures d'adaptation. Le principe du mérite n'a pas été respecté en l'espèce parce que le Ministère n'a pas fait le nécessaire pour connaître le détail de la situation du demandeur, et il faudra procéder à un nouveau concours.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss.
10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21 (as am. *idem*, s.
16).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Boucher v. Canada (Attorney General) (2000), 252 N.R.
186 (F.C.A.); *Buttar v. Canada (Attorney General)* (2000),
186 D.L.R. (4th) 101; 254 N.R. 368 (F.C.A.); *Charest v.*
Attorney General of Canada, [1973] F.C. 1217; (1973), 2
N.R. 288 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Girouard*
(2001), 202 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd [2002] 4 F.C. 538;
(2002), 291 N.R. 289 (C.A.); *Schut v. Canada (Attorney*
General), [1998] F.C.J. No. 806 (T.D.) (QL); *Canada*
(Attorney General) v. Bates, [1997] 3 F.C. 132; (1997),
147 D.L.R. (4th) 358; 129 F.T.R. 61 (T.D.).

DISTINGUISHED:

British Columbia (Public Service Employee Relations
Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176
D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161;
66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R.
145; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v.*
Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985),
52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89;
9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12
O.A.C. 241; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*
(Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990),
111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193;
76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC
17,025; 113 N.R. 161.

CONSIDERED:

Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud,
[1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71
B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

REFERRED TO:

Tremblay v. Canada (Attorney General), 2003 FCT 466;
[2002] F.C.J. No. 627 (T.D.) (QL).

APPLICATION for judicial review of a decision of an
appeal board under the *Public Service Employment Act*
that a selection process had been conducted in

LOIS ET RÈGLEMENTS

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C.
(1985), ch. H-6.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985),
ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21
(mod., *idem*, art. 16).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Boucher c. Canada (Procureur général) (2000), 252 N.R.
186 (C.A.F.); *Buttar c. Canada (Procureur général)*
(2000), 186 D.L.R. (4th) 101; 254 N.R. 368 (C.A.F.);
Charest c. Procureur général du Canada, [1973]
C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.); *Canada (Procureur*
général) c. Girouard (2001), 202 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.);
conf. par [2002] 4 C.F. 538; (2002), 291 N.R. 289 (C.A.);
Schut c. Canada (Procureur général), [1998] A.C.F.
n° 806 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c.*
Bates, [1997] 3 C.F. 132; (1997), 147 D.L.R. (4th) 358;
129 F.T.R. 61 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations
Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176
D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 C.A. C-B 161;
66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R.
145; *Commission ontarienne des droits de la personne et*
O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985]
2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th)
321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R.
D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Central Alberta*
Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission),
[1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R.
(4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12
C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161.

DÉCISION EXAMINÉE:

Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud,
[1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71
B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

DÉCISION CITÉE:

Tremblay c. Canada (Procureur général), 2003 CFPI 466;
[2002] A.C.F. n° 627 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un
comité d'appel constitué en vertu de la *Loi sur l'emploi*
dans la fonction publique et portant qu'on avait procédé

accordance with the merit principle. Application allowed.

à un processus de sélection en respectant le principe du mérite. Appel accueilli.

AUTHORS CITED

Guidelines for Assessing Persons with Disabilities. Public Service Commission of Canada, 2003.

DOCTRINE

Lignes directrices relatives à l'évaluation des personnes handicapées. Commission de la fonction publique du Canada, 2003.

APPEARANCES:

Applicant on his own behalf.
Richard Casanova for respondents.

ONT COMPARU:

Le demandeur pour son propre compte.
Richard Casanova pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of a decision made by an appeal board of the Public Service Commission of Canada (the PSC) appointed pursuant to section 21 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16] of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the PSEA). This case, along with the related case in docket T-1201-01 [2003 FCT 466; [2003] F.C.J. No. 627 (T.D.) (QL)], concern section 10 [as am. *idem*, s. 10] of the PSEA, which requires appointments to and from within the public service to be based on selection according to merit. Both dockets raise the difficult issue of what steps a government department is required to take to accommodate the needs of a disabled candidate while ensuring that other candidates involved are not placed at a disadvantage.

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par un comité d'appel de la Commission de la fonction publique (la CFP) constitué en vertu de l'article 21 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16] de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la LEFP). La présente affaire, de même que l'affaire connexe au dossier T-1201-01 [2003 CFPI 466; [2003] A.C.F. n° 627 (1^{re} inst.) (QL)], met en cause l'article 10 [mod., *idem*, art. 10] de la LEFP, qui requiert que les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se fassent sur la base d'une sélection fondée sur le mérite. Les deux affaires soulèvent la difficile question des mesures qu'un ministère est tenu de prendre pour s'adapter aux besoins d'un candidat ayant une déficience tout en veillant à ce que les autres candidats n'en soient pas défavorisés.

[2] The individual respondents did not participate in the hearing and the relevant government department was represented by the Attorney General of Canada. Therefore, references to the respondent in these reasons are to the Attorney General.

[2] Les particuliers défendeurs n'ont pas pris part à l'audience et le ministère concerné était représenté par le Procureur général du Canada. Ce dernier est donc visé lorsqu'on renvoie au défendeur dans les présents motifs.

ISSUES

[3] The issue raised in this docket is whether the Appeal Board erred by finding that the Transportation

QUESTIONS EN LITIGE

[3] La question en litige dans la présente affaire est celle de savoir si le comité d'appel a commis une erreur

Safety Board of Canada (the TSB) conducted the selection process in accordance with the merit principle. This issue can be broken down into the following subissues:

1. did the Appeal Board err by taking an incorrect view of the duty to accommodate?;
2. did the Appeal Board err by finding that Transport Canada met its obligation to provide reasonable accommodations to the applicant?;
3. did the Appeal Board err in finding that the applicant was not being assessed on his "ability to work effectively under pressure of tight deadlines" in the knowledge test?; and,
4. did the Appeal Board err by finding the applicant did not fulfill his duty to facilitate the search for reasonable accommodations?

FACTS

[4] This is an application for judicial review of a decision of Appeal Board Chairperson B. A. Monk, dated September 22, 2000. Ms. Monk was appointed pursuant to section 21 of the PSEA to hear the applicant's appeal against the appointments of Mr. Carlo Zanetti and Mr. Daniel Plouffe to two Technical Support Officer positions with Transport Canada.

[5] Transport Canada conducted a closed competition to staff two openings for Technical Support Officers (competition numbers 99-MOT-CC-OTT-024854 and 99-MOT-CC-OTT-024853). The applicant met the initial screening criteria and along with other successful candidates was invited to participate in a 3.5-hour written examination on December 15, 1999. The applicant advised the Department that he suffered from Multiple Sclerosis (MS) and would require special accommodation. In order to properly assess his needs, the applicant's examination was postponed to a later date.

en concluant que le processus de sélection du Bureau de la sécurité des transports du Canada (le BST) avait respecté le principe du mérite. On peut, comme suit, décomposer cette question en sous-questions.

1. Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en interprétant incorrectement l'obligation d'adaptation?;
2. Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en concluant que Transports Canada s'était acquitté de son obligation de prévoir pour le demandeur des mesures d'adaptation raisonnables?;
3. Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en concluant que l'examen de connaissances subi par le demandeur ne visait pas à évaluer son «aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés»?;
4. Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en concluant que le demandeur ne s'était pas acquitté de son obligation de faciliter la recherche d'un compromis raisonnable?;

LES FAITS

[4] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision datée du 22 septembre 2000 de la présidente de comité d'appel B. A. Monk. M^{me} Monk a été nommée en vertu de l'article 21 de la LEFP pour instruire l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre de la nomination auprès de Transports Canada de MM. Carlo Zanetti et Daniel Plouffe à deux postes d'agents de soutien technique.

[5] Transports Canada a procédé à un concours interne pour doter deux postes ouverts d'agents de soutien technique (numéros de concours 99-MOT-CC-OTT-024854 et 99-MOT-CC-OTT-024853). Le demandeur répondait aux critères de présélection initiaux et on l'a convié, ainsi que d'autres candidats reçus, à prendre part le 15 décembre 1999 à un examen écrit de trois heures et demie. Le demandeur a informé le ministère qu'il avait la sclérose en plaques (SEP) et qu'il faudrait prendre pour lui des mesures d'adaptation spéciales. Pour pouvoir bien évaluer ses besoins, on a reporté l'examen du demandeur à une date ultérieure.

[6] The applicant's treating physician, Dr. H. E. Rabinovitch wrote a letter dated December 13, 1999 to Mr. Martin Eley, Chief-Engineering, Aircraft Certification Branch of Transport Canada. Dr. Rabinovitch stated that the applicant suffered from MS, which resulted in limitations on his vision and dexterity. He also mentioned that the applicant is "significantly disabled by fatigue" and requested that the Department accommodate this difficulty.

[7] Transport Canada then began to arrange accommodations for the applicant. It appears that this task fell to Ms. Nicole Pharand, a personnel administration officer with the Department. She consulted the Public Service Commission's *Guidelines for Assessing Persons with Disabilities* (the PSC Guidelines), which recommend granting candidates who have a limited capacity to read and write 50% more time. In an internal e-mail to several colleagues dated January 13, 2000, Ms. Pharand proposed granting the applicant 100% more time (for total time of seven hours) and scheduling the exam over three days. The responses of three of her colleagues were placed before the Court. All recommended limiting the time increase to the 50% set out in the PSC Guidelines (for a total time of 5.25 hours).

[8] On January 19, 2000, Ms. Pharand sent an e-mail to the applicant advising him of the proposed accommodations and the new date and time for his examination. The proposal included the following four measures:

(a) the examination would be divided into three parts to be written over a three-day period (January 25-27);

(b) the time for writing the examination would be extended by 50% as allowed by the PSC Guidelines;

(c) any breaks the applicant required would not be counted toward the total time limit; and

[6] Le médecin traitant du demandeur, le D^r H. E. Rabinovitch, a écrit le 13 décembre 1999 une lettre adressée à M. Martin Eley, directeur-Génie, Certification des aéronefs, de Transports Canada. Le D^r Rabinovitch a déclaré que le demandeur avait la SEP, ce qui entraînait des limitations de sa vision et de sa dextérité. Il a également mentionné que le demandeur était [TRADUCTION] «très incommodé par la fatigue» et demandé que le Ministère tienne compte de ce problème.

[7] Transports Canada a alors commencé à prendre des mesures pour s'adapter aux besoins du demandeur. Il semble que la tâche en ait échoué à M^{me} Nicole Pharand, une agente d'administration du personnel au sein du Ministère. Celle-ci a consulté les *Lignes directrices relatives à l'évaluation des personnes handicapées* de la Commission de la fonction publique (les lignes directrices de la CFP), qui recommandaient d'accorder 50 % plus de temps aux personnes ayant une capacité restreinte de lire et d'écrire. Dans un courriel du 13 janvier 2000 transmis à l'interne à plusieurs collègues, M^{me} Pharand proposait qu'on accorde 100 % plus de temps au demandeur (soit sept heures au total) et qu'on étale sur trois jours la durée de l'examen. Les réponses de trois de ses collègues ont été présentées à la Cour. Tous recommandaient de restreindre à 50 % le temps additionnel accordé, tel que les lignes directrices de la CFP le prévoyaient (pour une durée totale de 5,25 heures).

[8] Le 19 janvier 2000, M^{me} Pharand a envoyé au demandeur un courriel dans lequel elle l'informait des mesures d'adaptation proposées et des nouvelles date et heure prévues pour son examen. On proposait notamment la prise des quatre mesures suivantes:

a) l'examen serait divisé en trois parties et devrait être écrit sur une période de trois jours (du 25 au 27 janvier);

b) un délai additionnel de 50 % serait accordé pour rédiger l'examen, tel qu'il est prévu dans les lignes directrices de la CFP;

c) les pauses requises par le demandeur ne seraient pas prises en compte dans le calcul du temps alloué;

(d) the applicant would be provided with a laptop computer and an external mouse.

[9] The applicant responded to the proposal in an e-mail to Ms. Pharand on January 24:

I will not attend the exam session because I do not agree with the proposed amendments offered. As requested (this morning) I am providing further details with reference to the proposed amendments offered. Thank you for forwarding my concerns to the appropriate individual(s).

He provided further details about his condition and the side effects he experienced from taking medications for MS:

Specifically, I tire easily; “in Multiple Sclerosis (MS) the fatigue can be out of all proportion to the activities taking place”. (<http://www.ifnss.org.uk.faqs/english/fatigue.asp>). My resting requirements associated with my permanent disability (MS with Epileptic seizures) are dynamic and transient; frequent breaks (pauses, rests) are required. I am taking medications: Ibuprophen, Dilantin (Phenytoin Sodium; Anticonvulsant). The later effects my level of concentration (Compendium of Pharmaceuticals and Specialities). Also, there are other medical side effects that must be taken into consideration: stress makes the symptoms of MS feel worse . . . Also, “most individuals with MS become excessively tired while performing activities, especially those that require repeated muscle contractions (such as typing)”; I type because my handwriting is illegible; I type slowly; typing time must not be inclusive in the exam time limits.

[10] Upon receiving the applicant’s e-mail, the Department contacted Mr. Michel Nadeau, a psychologist at the Public Service Commission’s Personal Psychology Centre (the PPC). Mr. Nadeau informed Ms. Pharand that the PSC Guidelines are not rules that need to be followed; rather, each case must be assessed individually. He recommended that Transport Canada carefully study the applicant’s needs and provide him with the extra time needed and/or the appropriate conditions so that he would not be at a disadvantage or advantage. He also stated that how generous the

d) on fournirait au demandeur un ordinateur portatif ainsi qu’une souris externe.

[9] Le demandeur a répondu à la proposition au moyen d’un courriel du 24 janvier transmis à M^{me} Pharand:

[TRADUCTION] Je ne serai pas présent à la session d’examen parce que je ne suis pas d’accord avec les modifications envisagées proposées. Tel qu’il a été demandé (ce matin), je fournis relativement à celles-ci des détails additionnels. Merci de faire part de mes sujets d’inquiétude à la ou aux personnes concernées.

Il a fourni des détails additionnels sur son état et sur les effets secondaires des médicaments pris pour la SEP:

[TRADUCTION] Plus spécifiquement, je me fatigue facilement. Pour qui a la sclérose en plaques (SEP), la fatigue peut-être «sans proportion avec l’activité entreprise» (http://www.msif.org/fr/ms_the_disease/symptoms_of_ms.html). Le besoin de repos lié à mon incapacité permanente (SEP accompagnée de crises d’épilepsie) a un caractère dynamique et passager; je dois fréquemment m’arrêter (pauses, repos). Je prends des médicaments, soit Ibuprophen, Dilantin (phénytoïne sodique; anticonvulsivant). Ce dernier médicament influe sur ma concentration (Compendium des produits et spécialités pharmaceutiques). Il faut également tenir compte d’effets secondaires médicaux; ainsi, les symptômes de la SEP semblent plus sévères en cas de stress [. . .] De même, «la plupart des personnes ayant la SEP deviennent extrêmement fatiguées lorsqu’elles exercent des activités, particulièrement celles requérant la contraction répétée de muscles (comme la dactylographie)». Je dactylographie parce que mon écriture est illisible. Je dactylographie lentement et le temps requis à cette fin ne doit donc pas être inclus dans le temps imparti pour l’examen.

[10] Après avoir reçu le courriel du demandeur, le Ministère a communiqué avec Michel Nadeau, un psychologue du Centre de psychologie du personnel (CPP) de la Commission de la fonction publique. M. Nadeau a informé M^{me} Pharand que les lignes directrices de la CFP ne constituaient pas des règles qu’il était impératif de suivre; chaque cas devait plutôt être évalué de manière individuelle. Il a recommandé que Transports Canada étudie avec soin les besoins du demandeur et lui permette de disposer du temps additionnel ou des conditions requis, ou les deux, pour

Department could be with the time limit would depend on whether the time factor was an important element of the examination.

[11] Transport Canada considered the time factor an important part of the test because Technical Support Officers are often required to respond to a large number of non-discretionary deadlines. The applicant was again invited to sit for the examination on three consecutive days in February in an e-mail from Ms. Pharand dated February 21, 2000:

In response to your e-mail dated January 24, 2000, please be advised that we have discussed your concerns with the Public Service Commission as well as Transport Canada's Staff Relations and it was agreed that the time frames that we are allocating to you to complete the exam are sufficient . . . As previously stated, please note that the time limits include the extra 50% that is allowed by the PSC Guidelines for assessing persons with disabilities. Any breaks that you need during the exam will not be counted towards the total time limit. The portion of the exam assigned to any one day must be completed on the same day that it is started.

[12] The applicant again refused to attend the examination because he felt the accommodations offered did not give him a fair chance to demonstrate his knowledge and abilities. He was informed by Transport Canada that as a result of his refusal to attend the examination, his name would be removed from the list of potential candidates and his application would be given no further consideration. In response to an inquiry from the applicant, Mr. Eley stated in an e-mail dated February 28 that he had an operational need to proceed with the staffing action and that he was at a "loss to understand why we have not received a proposal from you for what terms would be acceptable for sitting the exam." Following the completion of the competition, Mr. Zanetti and Mr. Plouffe were appointed to the two openings.

[13] The applicant appealed the decision under section 21 of the PSEA and Appeal Board Chairperson Monk

ne pas être avantagé ou désavantagé par rapport aux autres. Il a également déclaré que le Ministère devait être plus ou moins libéral quant au délai alloué en fonction de l'importance du facteur temps en tant qu'élément de l'examen.

[11] Transports Canada considérait le facteur temps comme un élément important de l'examen parce que les agents de soutien technique ont bien souvent à respecter un grand nombre de délais obligatoires. Par courriel daté du 21 février 2000, M^{me} Pharand a de nouveau convié le demandeur à passer l'examen pendant trois jours consécutifs en février:

[TRADUCTION] En réponse à votre courriel du 24 janvier 2000, je désire vous informer que nous avons discuté de vos sujets d'inquiétude avec la Commission de la fonction publique, ainsi qu'avec la division des relations de travail de Transports Canada, et qu'on a jugé suffisant le temps que nous vous allouons pour passer l'examen [. . .] Comme il a déjà été mentionné, veuillez noter que le temps alloué comprend le délai additionnel de 50 % prévu par les lignes directrices de la CFP pour l'évaluation des personnes handicapées. Les pauses qui vous seront nécessaires pendant l'examen ne seront pas prises en compte dans le calcul du délai accordé. Il vous faut terminer ce jour-là la partie de l'examen prévue pour un jour donné.

[12] Le demandeur a de nouveau refusé de passer l'examen, parce qu'il estimait que les mesures d'adaptation offertes ne lui permettaient pas de démontrer, en toute équité, ses connaissances et ses compétences. Transports Canada l'a informé qu'en raison de son refus de se présenter à l'examen, son nom serait retiré de la liste des candidats éventuels et sa demande ne serait plus prise en considération. En réponse à une demande de renseignements du demandeur, M. Eley a déclaré dans un courriel daté du 28 février qu'il lui fallait aller de l'avant avec l'opération de dotation en personnel et qu'il avait [TRADUCTION] «du mal à comprendre pourquoi aucune proposition n'avait été reçue quant aux conditions que vous jugez acceptables pour passer l'examen». À l'issue du concours, MM. Zanetti et Plouffe ont été nommés aux deux postes ouverts.

[13] Le demandeur a interjeté appel de la décision en vertu de l'article 21 de la LEFP, et la présidente du

was appointed to hear the appeal. Following an oral hearing, she was satisfied that Transport Canada had taken reasonable steps to accommodate the applicant's disability and dismissed the appeal. She found that as the allocated time constraints were not arbitrary, it was "not unreasonable for the Department to conclude that giving the appellant unlimited time in the context of a selection process would place him at an advantage over other candidates, thereby defeating a selection according to merit." Moreover, in her view the applicant had not clearly communicated with the Department and failed to make known any deficiencies in the Department's proposed accommodations in his e-mail dated January 24, 2000. As such, he had failed in his duty to facilitate the search for acceptable accommodations as required by *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

RELEVANT LEGISLATION

[14] The fundamental principle underlying appointments to or from within the federal public service is the merit principle, which is contained in subsection 10(1) of the PSEA:

10. (1) Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

[15] Section 21 provides a mechanism allowing unsuccessful candidates to appeal against an appointment. The relevant portions of section 21 are reproduced here:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made by closed competition, every unsuccessful candidate may, within the period provided for by the regulations of the Commission, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

...

comité d'appel Monk a été désignée pour instruire l'appel. Par suite de l'audience, la présidente était convaincue que Transports Canada avait pris des mesures raisonnables pour tenir compte de la déficience du demandeur, et elle a rejeté l'appel. Elle a conclu que, puisque les contraintes de temps n'étaient pas arbitraires, il [TRADUCTION] «n'était pas déraisonnable pour le ministère de conclure qu'accorder à l'appelant un délai illimité dans le cadre d'une procédure de sélection ce serait l'avantager par rapport aux autres candidats, ce qui est contraire au principe de la sélection fondée sur le mérite». Elle estimait en outre que, dans son courriel du 24 janvier 2000, le demandeur n'avait pas fait part clairement au Ministère et avait omis de lui faire état des carences perçues dans les mesures d'adaptation qu'il proposait. De la sorte, il ne s'était pas acquitté de son obligation, prévue dans *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, de faciliter la recherche d'un compromis acceptable.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[14] Le principe fondamental qui sous-tend les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique fédérale, énoncé au paragraphe 10(1) qui suit de la LEFP, est celui du mérite:

10. (1) Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

[15] L'article 21 prévoit un mécanisme permettant aux candidats non reçus d'en appeler d'une nomination. Voici les dispositions pertinentes de l'article 21:

21. (1) Dans le cas d'une nomination, effective ou imminente, consécutive à un concours interne, tout candidat non reçu peut, dans le délai fixé par règlement de la Commission, en appeler de la nomination devant un comité chargé par elle de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

[...]

(2) Subject to subsection (3), the Commission, on being notified of the decision of a board established under subsection (1) or (1.1), shall, in accordance with the decision,

(a) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment; or

(b) if the appointment has not been made, make or not make the appointment.

...

(3) Where a board established under subsection (1) or (1.1) determines that there was a defect in the process for the selection of a person for appointment under this Act, the Commission may take such measures as it considers necessary to remedy the defect.

(4) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act as a result of measures taken under subsection (3), an appeal may be taken under subsection (1) or (1.1) against that appointment only on the ground that the measures so taken did not result in a selection for appointment according to merit.

STANDARD OF REVIEW

[16] The issue raised in this appeal requires an assessment of the Appeal Board's approach to the duty to accommodate as it relates to section 10 of the PSEA. This is an issue of law as to the proper interpretation of the PSEA. As the Appeal Board does not have a high degree of expertise in this area, the appropriate standard of review on the first issue is correctness. The rationale for this approach was set out in *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.), at paragraph 7:

Turning to the first issue, that of the treatment accorded to the Knowledge factor by the Selection Board, we are of the view that this involves an issue of law as to the requirements of the merit principle and we therefore consider that the PSCAB's decision to confirm that process equally involved a conclusion of law. We are not persuaded that the PSCAB is a tribunal which should be considered to have such expertise in the interpretation of the **Public Service Employment Act** that a high degree of deference is owed to it on this issue. The Board is appointed *ad hoc*. We conclude in this respect that the standard of review which the Trial Division should have applied is that of correctness.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la Commission, après avoir reçu avis de la décision du comité visé aux paragraphes (1) ou (1.1), doit en fonction de celle-ci:

a) si la nomination a eu lieu, la confirmer ou la révoquer;

b) si la nomination n'a pas eu lieu, y procéder ou non.

[. . .]

(3) La Commission peut prendre toute mesure qu'elle juge indiquée pour remédier à toute irrégularité signalée par le comité relativement à la procédure de sélection.

(4) Une nomination, effective ou imminente, consécutive à une mesure visée au paragraphe (3) ne peut faire l'objet d'un appel conformément aux paragraphes (1) ou (1.1) qu'au motif que la mesure prise est contraire au principe de la sélection au mérite.

NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[16] La question en litige dans le cadre du présent appel nécessite d'évaluer l'approche adoptée par le comité d'appel face à l'obligation d'adaptation eu égard à l'article 10 de la LEFP. C'est là une question de droit, qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à des dispositions de la LEFP. Le comité d'appel n'ayant pas des compétences spécialisées très poussées dans le domaine, la norme de contrôle judiciaire appropriée est celle de la décision correcte. La justification en est énoncée dans *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.), au paragraphe 7:

Quant à la première question en litige, celle du traitement du facteur des connaissances par le comité de sélection, nous sommes d'avis qu'elle constitue une question de droit en ce qui a trait aux exigences du principe du mérite et nous considérons par conséquent que la décision du CACFP de confirmer ce procédé constituait également une question de droit. Nous ne sommes pas convaincus que nous devrions considérer que la CACFP est un tribunal qui possède une telle expertise en matière d'interprétation de la **Loi sur l'emploi dans la fonction publique** que nous devrions faire preuve d'un haut degré de retenue à son égard quant à cette question. Le comité de sélection est un comité *ad hoc*. Nous concluons à cet égard que la norme de révision que la Section de première instance aurait dû appliquer est celle de la décision correcte.

The Federal Court of Appeal has since confirmed this as the applicable standard in *Buttar v. Canada (Attorney General)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 101 (F.C.A.), at page 107.

ANALYSIS

[17] Whether the Appeal Board erred by finding that the TSB conducted the selection process in accordance with the merit principle can be broken down into the following subissues.

1. Did the Appeal Board err by taking an incorrect view of the duty to accommodate?

[18] One of the disputes between the parties is the extent to which a PSC appeal board can apply human rights principles in deciding whether the accommodations provided to the applicant were reasonable. The applicant contends the Appeal Board erred in law by taking “an impoverished and incorrect view of the duty to accommodate.” The Appeal Board should have required Transport Canada to demonstrate it was impossible to accommodate him without undue hardship. Concrete evidence to that effect was not provided.

[19] In support of his position, the applicant has referred the Court to the Supreme Court of Canada’s decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (hereinafter *Meiorin*), which dealt with application of British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 to a public service provider. In cases concerning a complaint under provincial or federal human rights legislation, the Supreme Court has repeatedly stated that an employer is responsible for providing reasonable accommodation for an employee’s disability short of undue hardship, see *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; and *Renaud, supra*. In *Meiorin* the Court undertook a reformulation of the approach used to determine whether a *prima facie* discriminatory standard is a *bona fide*

La Cour d’appel fédérale a depuis confirmé dans *Buttar c. Canada (Procureur général)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 101 (C.A.F.), à la page 107, que c’était bien là la norme de contrôle applicable.

ANALYSE

[17] La question de savoir si le comité d’appel a commis une erreur en concluant que la procédure de sélection suivie par le BST respectait le principe du mérite peut, comme suit, se diviser en sous-questions.

1. Le comité d’appel a-t-il commis une erreur en interprétant incorrectement l’obligation d’adaptation?

[18] L’une des questions en litige entre les parties concerne la mesure dans laquelle un comité d’appel peut appliquer les principes en matière de droits de la personne pour décider si les mesures d’adaptation offertes au demandeur étaient raisonnables. Le demandeur soutient que le comité d’appel a commis une erreur de droit en ayant [TRADUCTION] «une conception appauvrie et inappropriée de l’obligation d’adaptation». Le comité d’appel aurait dû requérir que Transports Canada démontre qu’il était impossible, sans contrainte excessive, de tenir compte de la situation du demandeur. Or, aucun élément de preuve concret n’a été présenté à cet égard.

[19] Au soutien de sa prétention, le demandeur a fait référence à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après *Meiorin*), qui traitait de l’application à un organisme de service public du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210 de la Colombie-Britannique. Dans des affaires concernant des plaintes de violation de lois sur les droits de la personne provinciales ou fédérales, la Cour suprême a déclaré à plusieurs reprises qu’il incombait à l’employeur de prendre des mesures raisonnables d’adaptation à la déficience d’un employé, tant qu’il n’en résultait pas une contrainte excessive. Se reporter à cet égard à *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 et à *Renaud*, précité. Dans *Meiorin*, la Cour

occupational requirement (BFOR). The applicant refers specifically to step three of the new approach (see paragraph 54 of *Meiorin*), where the Court stated that an employer must demonstrate it is “impossible” to accommodate individual’s disability without imposing “undue hardship” upon the employer.

[20] The respondent argues the PSEA does not empower a PSC appeal board to apply the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA) or principles applicable to human rights legislation. Legal issues such as the limits of accommodation and undue hardship are outside of the jurisdiction of a PSC appeal board and have been entrusted by Parliament to the Canadian Human Rights Commission. An appeal board only deals with the issue of reasonable accommodation from the perspective of its impact on the merit principle. In addition, an appeal board must also consider whether the accommodations are fair to the other candidates involved in the competition.

[21] The right of appeal in section 21 exists to prevent appointments that are contrary to the merit principle. An appeal board is charged with determining whether a particular selection process was conducted in accordance with the merit principle. See *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217 (C.A.), at page 1221, where the Court stated that the purpose of a right of appeal under section 21 is not to protect the appellant’s rights, but to prevent an appointment being made contrary to the merit principle.

[22] The applicability of human rights principles to the competitive staffing process arose in *Canada (Attorney General) v. Girouard* (2001), 202 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), affd [2002] 4 F.C. 538 (C.A.). In *Girouard*, at paragraph 35, McKeown J. found that an appeal board erred by not addressing the question of whether reasonable accommodation was provided in light of the requirements of the merit principle.

a reformulé la méthode devant servir à établir si une norme discriminatoire à première vue est ou non une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Le demandeur fait valoir plus spécifiquement la troisième étape de la méthode (se reporter au paragraphe 54 de *Meiorin*), au sujet de laquelle la Cour a déclaré que l’employeur doit démontrer qu’il lui est «impossible», sans subir une «contrainte excessive» de composer avec la déficience de l’intéressé.

[20] Le défendeur soutient pour sa part que la LEFP ne confère pas à un comité d’appel de la CFP le pouvoir d’appliquer la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP) ou les principes régissant les lois sur les droits de la personne. Les questions de droit, comme celles concernant les limites de l’obligation d’adaptation et la contrainte excessive, échappent à la compétence d’un comité d’appel de la CFP et relèvent plutôt de celle de la Commission canadienne des droits de la personne, tel que le législateur fédéral en a décidé. Un comité d’appel n’a à traiter de la question de l’adaptation raisonnable qu’en regard de son incidence sur le principe du mérite. En outre, il doit aussi examiner si les mesures d’adaptation sont équitables pour les autres candidats prenant part au concours.

[21] Le droit d’appel prévu à l’article 21 vise à empêcher les nominations contraires au principe du mérite. Le comité d’appel est chargé d’établir si un processus de sélection particulier s’est ou non déroulé en conformité avec le principe du mérite. Se reporter à *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217 (C.A.), à la page 1221, où la Cour a déclaré que le droit d’appel prévu à l’article 21 n’a pas pour but de protéger les droits de l’appelant, mais bien d’empêcher qu’une nomination enfreigne le principe du mérite.

[22] La question de l’applicabilité des principes en matière de droits de la personne à la procédure de dotation par concours s’est soulevée dans *Canada (Procureur général) c. Girouard* (2001), 202 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par [2002] 4 C.F. 538 (C.A.). Le juge McKeown a conclu dans *Girouard*, au paragraphe 35, qu’un comité d’appel avait commis une erreur en n’abordant pas la question de savoir si un

[23] Based on the decision in *Girouard*, it is apparent that the standard from *Meiorin, supra* is not an appropriate yardstick for an appeal based on the merit principle. The purpose of an appeal under section 21 of the PSEA is not to identify discriminatory standards and determine whether they can be justified. Rather, its function is to ensure that the selection board made an appointment based on the merit principle. It is an appeal board's task to determine whether the accommodations provided to an individual allowed him or her to compete on an equal footing with the other candidates. The accommodations must be fair not only to the individual in question, but also to the other candidates.

[24] Having said that, human rights principles need not be placed in a separate watertight compartment from the merit principle as they may have limited applicability in a section 21 appeal. The Appeal Board in *Girouard* erred by focussing strictly on human rights principles and ignoring the merit principle, see *Girouard* (F.C.T.D.), at paragraph 32. However, there is nothing wrong with drawing upon human rights principles, as Cullen J. did in *Schut v. Canada (Attorney General)*, [1998] F.C.J. No. 806 (T.D.) (QL), at paragraph 14, as long as they are utilized as part of an appropriate analysis under the merit principle. Human rights cases may provide a rich source of jurisprudence for an appeal board or a court to draw upon when determining whether an individual has been provided with reasonable accommodations in light of the merit principle.

[25] The Appeal Board Chairperson Monk examined the reasonableness of the accommodations provided to the applicant in light of the merit principle as required. In doing so, she did not err by relying upon an "impoverished and incorrect view of the duty to accommodate" as alleged by the applicant. The standard laid out here will also be used by this Court to evaluate

aménagement raisonnable avait été fourni eu égard aux exigences du principe du mérite.

[23] Il découle manifestement de *Girouard* que la norme prévue dans *Meiorin*, précité, n'est pas un étalon de mesure approprié pour un appel fondé sur le principe du mérite. L'objet d'un appel en vertu de l'article 21 de la LEFP n'est pas de cerner les normes discriminatoires et d'établir si elles peuvent ou non se justifier. On vise plutôt par un tel appel à s'assurer que la nomination faite par un jury de sélection se fondait sur le principe du mérite. Le comité d'appel a pour rôle d'établir si les mesures d'adaptation offertes à l'intéressé lui permettaient de participer au concours sur un pied d'égalité avec les autres candidats. Ces mesures doivent être équitables non seulement pour l'intéressé, mais aussi pour les autres candidats.

[24] Cela étant dit, un cloisonnement trop étanche ne doit pas isoler les principes en matière de droits de la personne du principe de la sélection selon le mérite, ceux-ci pouvant être d'applicabilité restreinte dans le cadre d'un appel en vertu de l'article 21. Dans l'affaire *Girouard*, le comité d'appel avait commis une erreur en mettant son attention uniquement sur les principes en matière de droits de la personne et en faisant abstraction du principe du mérite (*Girouard* (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 32). Il n'y a cependant rien de mal à s'inspirer des principes en matière de droits de la personne, comme le juge Cullen l'a fait dans *Schut c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 806, (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 14, du moment qu'on le fait dans le cadre d'une analyse appropriée fondée sur le principe du mérite. Les affaires de droits de la personne peuvent constituer une riche source jurisprudentielle où puiser, lorsqu'un comité d'appel ou un tribunal a à établir si on a fourni ou non à une personne un aménagement raisonnable eu égard aux principes du mérite.

[25] La présidente du comité d'appel Monk a examiné si les mesures d'adaptation offertes au demandeur avaient un caractère raisonnable eu égard au principe du mérite, tel que cela est requis. Ce faisant, elle n'a pas commis d'erreur en se fondant, comme le demandeur le prétend, sur «une conception appauvrie et inappropriée de l'obligation d'adaptation». La Cour recourra à la

whether Transport Canada satisfied the obligation to provide reasonable accommodations to the applicant.

2. Did the Appeal Board err by finding that Transport Canada met its obligation to provide reasonable accommodations to the applicant?

[26] The applicant submits that Appeal Board Chairperson Monk improperly “glossed over” the positive duty upon Transport Canada to provide reasonable accommodations. The Department relied too heavily upon the PSC Guidelines and did not adequately tailor the accommodations to his specific needs.

[27] The respondent argues the Appeal Board was correct in finding that the Department took reasonable steps to accommodate the applicant’s disability. The accommodations offered by Transport Canada were reasonable as they were consistent with the advice received from the applicant’s physician, the recommendations of the PPC and the PSC Guidelines. Allowing the applicant an open-ended time frame was not feasible because the time factor was a relevant feature of the job. Moreover, the Department had a responsibility to ensure that the accommodations did not bestow upon the applicant an advantage over the other candidates.

[28] A critical characteristic of the merit principle is its flexibility, as this allows for the equitable assessment of candidates with differing needs. In order for the merit principle to operate effectively, the department in question must be responsive to the particular needs of individual candidates. As Campbell J. stated in *Canada (Attorney General) v. Bates*, [1997] 3 F.C. 132 (T.D.), at paragraph 40:

. . . the merit principle must be cognizant of, and where necessary responsive to, the critical reality of the history of the case and the life situation of the individuals involved.

[29] The need for flexibility when applying the merit principle is reinforced by the PSC Guidelines. The

norme ici énoncée pour évaluer si Transports Canada s’est acquitté ou non de l’obligation de prévoir pour le demandeur des mesures d’adaptation raisonnables.

2. Le comité d’appel a-t-il commis une erreur en concluant que Transports Canada s’était acquitté de son obligation de prévoir pour le demandeur des mesures d’adaptation raisonnables?

[26] Le demandeur soutient que la présidente du comité d’appel Monk a «passé sous silence», à tort, l’obligation positive de Transports Canada de prendre des mesures d’adaptation raisonnables. Le Ministère s’est trop fortement appuyé sur les lignes directrices de la CFP et n’a pas ajusté adéquatement les mesures d’accommodement selon les besoins spécifiques du demandeur.

[27] Le défendeur soutient pour sa part que le comité d’appel a conclu à bon droit que le Ministère avait pris des mesures raisonnables pour tenir compte de la déficience du demandeur. Les mesures d’adaptation offertes par Transports Canada étaient raisonnables, comme elles étaient conformes aux conseils reçus du médecin du demandeur, aux recommandations du CPP ainsi qu’aux lignes directrices de la CFP. Il était impossible de ne soumettre le demandeur à aucun délai, puisque le facteur temps était une composante pertinente de l’emploi. Le Ministère devait en outre s’assurer que les mesures d’adaptation n’avantagent pas le demandeur par rapport aux autres candidats.

[28] La souplesse, qui permet d’évaluer équitablement des candidats dont les besoins diffèrent, est une caractéristique essentielle du principe du mérite. Pour que le principe du mérite puisse s’appliquer de manière efficace, le ministère concerné doit être réceptif aux besoins particuliers des candidats individuels. Tel que le juge Campbell l’a déclaré dans *Canada (Procureur général) c. Bates*, [1997] 3 C.F. 132, (1^{re} inst.), au paragraphe 40:

[...] en appliquant le principe du mérite, on doit être conscient de la réalité critique des faits de l’affaire et de la situation personnelle des personnes en cause et, au besoin, y réagir.

[29] La nécessité de faire preuve de souplesse dans l’application du principe du mérite ressort aussi des

second section of the PSC Guidelines sets out a number of general guidelines to aid departments when making decisions about accommodations. Those guidelines emphasize that decisions must be made on a case-by-case basis, as shown by guidelines 3 and 4:

3. USE A CASE-BY-CASE APPROACH

Given the wide variation in the nature, severity and age of onset of a disability, accommodations to the regular test or testing conditions must be made on a *case-by-case* basis in order to ensure that the assessment is appropriately adapted for the candidates.

4. CONFER WITH THE CANDIDATE BEFORE TESTING

Before deciding what accommodations are required or arranging for the testing session, obtain as much information as necessary on the candidate's disability in a professional and sensitive manner; the best sources of information is generally the candidate. For example, find out from the candidate about any modifications or adjustments that were made in any previous testing situation.

[30] In the case at bar, Transport Canada adopted a rigid approach to the merit principle and failed to fulfill its duty to provide reasonable accommodations to the applicant. The Court acknowledges that Transport Canada made an effort to accommodate the applicant and does not take issue with the substance of the Department's proposal. Rather, the Court is concerned with the Department's failure to conduct an analysis that was tailored to the circumstances of the applicant. By failing to do so, Transport Canada did not have a real understanding of what was necessary to accommodate the applicant and could not have known if its proposal actually addressed his needs. For the same reason, it is impossible for the Court to now determine whether the proposed accommodations would have allowed him to compete on an equal basis or given him an advantage over the other candidates.

[31] Transport Canada's failure to conduct a case-by-case analysis becomes evident when the following facts

lignes directrices de la CFP. La seconde édition de celles-ci présente un certain nombre de lignes directrices générales devant aider les ministères lorsqu'ils ont à prendre des décisions en matière d'adaptation. On insiste sur le fait que les décisions doivent être prises au cas par cas, tel que le font voir la 3^e et la 4^e lignes directrices:

3. CONSIDÉRER CHAQUE CAS PARTICULIER

Compte tenu de la grande diversité, tant au niveau de la nature que de la gravité des déficiences et du moment où elles se manifestent, l'adaptation des examens réguliers et des conditions d'administration des examens doit se faire en tenant compte de *chaque cas particulier* afin de veiller à ce que l'évaluation soit bien adaptée à chacun des candidats et candidates.

4. S'ENTRETENIR AVEC LES CANDIDATS ET CANDIDATES AVANT L'ÉVALUATION

Avant de prendre toute décision quant aux adaptations nécessaires ou de prendre des dispositions pour l'organisation proprement dite de la séance d'évaluation, il convient d'obtenir le plus de renseignements pertinents possible sur les déficiences des candidats et candidates, avec tact et professionnalisme. En règle générale, ils et elles sont les mieux placés pour les fournir. Il serait donc opportun et utile de leur demander quelles modifications ou quels ajustements ont été apportés lors de séances d'évaluation antérieures.

[30] En l'espèce, Transports Canada s'est montré rigide dans l'application du principe du mérite et ne s'est pas acquitté de son obligation de prendre pour le demandeur des mesures d'adaptation raisonnables. La Cour reconnaît que Transports Canada a fait des efforts pour composer avec le demandeur et ne met pas en cause sur le fond la proposition du Ministère. La Cour s'inquiète plutôt de ce que le Ministère n'a pas procédé à une analyse sur mesure de la situation du demandeur. Il en est résulté que Transports Canada n'a pas véritablement compris ce qui était nécessaire pour tenir compte des besoins du demandeur, et ne pouvait ainsi savoir si les mesures proposées répondaient réellement à ceux-ci. Il est maintenant impossible pour la Cour, pour le même motif, d'établir dans quelle mesure les mesures d'adaptation proposées auraient permis au demandeur de concourir sur un pied d'égalité avec les autres candidats ou lui auraient conféré un avantage sur ceux-ci.

[31] Le défaut de Transports Canada de procéder à une analyse individuelle devient manifeste lorsqu'on fait

are highlighted. First, there is no evidence that Transport Canada consulted with the PPC or an outside expert before making its first proposed set of accommodations on January 19, 2000. At that time, the only expert opinion that Transport Canada had about the applicant's situation was the letter from Dr. Rabinovitch. That letter only provided information on the symptoms suffered by the applicant as a result of MS and did not include information on how the Department might accommodate the applicant.

[32] Second, the Department relied too heavily upon the PSC Guidelines. The Department's internal e-mail communications from early January 2000 demonstrate that the Department improperly treated the PSC Guidelines as a boundary on what accommodations could be provided. When Ms. Pharand proposed the applicant be granted 100% more time, the responses included statements like "stick to the time guidelines" and references to the PSC Guidelines as allowing a "maximum" of 50% more time. The response of Mr. Hugh O'Connor provides a good example:

Mt. [*sic*] Tremblay's certificate stating that he is significantly disable [*sic*] by fatigue could have implications in terms of being able to accomplish the job.

The PSC suggestion to provide the candidate with 50% more time, where the capacity to read and write are limited may not help in this case. However, in the absence of details I support your proposal, provided the time increase is limited to that in the PSC guidelines, i.e. a maximum of 50%.

Government departments do not simply fulfill their obligations by following the recommendations made in the PSC Guidelines. Allowing that to be the case would undercut the purpose underlying guidelines 3 and 4. Assessment must be conducted on a case-by-case basis, something which Transport Canada failed to do.

[33] Third, there is insufficient evidence for the Court to conclude that the proposed recommendations received approval from the PPC. In his oral testimony at the

ressortir les faits qui suivent. Premièrement, il n'y a aucune preuve du fait que Transports Canada ait consulté le CPP ou un spécialiste externe avant de faire sa première proposition de mesures d'adaptation le 19 janvier 2000. Le seul avis d'expert dont Transports Canada disposait à ce moment-là quant à la situation du demandeur, c'était la lettre du D^r Rabinovitch. Cette lettre fournissait de l'information uniquement sur les symptômes reliés à la SEP du demandeur et non sur ce que le Ministère devrait faire pour tenir compte de sa situation.

[32] Deuxièmement, le Ministère s'est trop fortement appuyé sur les lignes directrices de la CFP. Les communications internes par courrier informatique du début janvier 2000 du Ministère démontrent que celui-ci considérait à tort ces lignes directrices comme posant la limite de ce que les mesures d'adaptation devraient être. Lorsque M^{me} Pharand a proposé d'accorder au demandeur un délai additionnel de 100 %, on lui a notamment répondu de [TRADUCTION] «s'en tenir aux lignes directrices du CFP sur le temps alloué» et que les lignes directrices du CFP permettaient une prolongation de délai «maximale» de 50 %. La réponse de M. Hugh O'Connor constitue un bon exemple à ce propos:

[TRADUCTION] Selon le certificat de M. Tremblay, celui-ci est fortement handicapé par la fatigue; cela pourrait avoir des incidences sur sa capacité d'accomplir le travail.

La suggestion faite par la CFP d'accorder à un candidat 50 % plus de temps lorsque sa capacité de lire et d'écrire est restreinte pourrait ne pas être utile dans cette affaire. Faute de détails, toutefois, j'appuie votre proposition, dans la mesure où le temps additionnel alloué ne dépasse pas ce qui est prévu par les lignes directrices de la CFP, soit un maximum de 50 %.

Les ministères ne s'acquittent pas de leurs obligations en suivant tout simplement les recommandations énoncées dans les lignes directrices de la CFP. Il faut évaluer chaque situation au cas par cas, ce que Transports Canada n'a pas fait en l'espèce.

[33] Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour que la Cour puisse conclure que les recommandations faites ont été approuvées par le CCP.

Appeal Board hearing, Mr. Eley stated the Department had asked the PPC if its proposals were reasonable and they replied that they were (see page 31 of the transcript). The only evidence of the PPC's opinion on the matter is Mr. Nadeau's e-mail to Ms. Pharand dated February 25, 2000, and nowhere in that e-mail does Mr. Nadeau give his approval to the proposed accommodations. His recommendations did not address the personal circumstances of the applicant or the particulars of the Department's proposal. To the contrary, he emphasized the need for the Department to undertake an individualized assessment of the applicant's situation:

[TRANSLATION] Consequently, the department has to study carefully the case of a handicapped applicant and provide him/her the extra time needed and/or the appropriate conditions so that he/she would not be at a disadvantage (or advantage). Furthermore, the existing guidelines are not per se rules to follow; each case must be assessed individually. Before taking your decision, you must identify if the time factor is an important element and if it is an indication of the work to be done. If so, we could not be as generous as [*sic*] if the time factor does not have an impact on the knowledges [*sic*] demonstrated.

[34] There is no evidence the Department ever followed Mr. Nadeau's advice. This is particularly critical because, as outlined above, no expert consultation was sought when the proposed accommodations were initially drawn up. This means that no expert was involved in formulating the accommodations and at no time did an expert ever approve of those accommodations. This case can be contrasted with the related case in docket T-1201-01, where the relevant government department consulted with the PPC and a neuropsychologist when devising its accommodations. A government department or selection board need not consult an outside expert in every case where a disabled candidate is involved. In some cases, reliance on the PSC Guidelines or consultation with the PPC will suffice. The critical point is that a selection board must take the necessary steps to understand a candidate's situation and what measures are needed to adequately accommodate his or her disability. I am not satisfied that Transport Canada did that in this case.

Lorsqu'il a témoigné à l'audience du comité d'appel, M. Eley a déclaré que le Ministère avait demandé au CCP si ses propositions étaient raisonnables et que celui-ci avait répondu par l'affirmative (se reporter à la page 31 de la transcription). La seule preuve relative à l'opinion du CCP sur le sujet consiste en un courriel du 25 février 2000 transmis par M. Nadeau à M^{me} Pharand. Jamais dans ce courriel M. Nadeau ne donne son approbation aux mesures d'adaptation proposées. Ses recommandations ne traitaient pas de la situation personnelle du demandeur, ni des détails de la proposition du Ministère. Il a au contraire insisté sur la nécessité pour le Ministère d'étudier individuellement la situation du demandeur:

Il appartient donc au ministère d'étudier attentivement la situation du candidat ayant un handicap et d'accorder le temps supplémentaire et/ou les conditions appropriées pour que le candidat ne soit pas désavantagé (ou avantagé). De plus, les lignes directrices qui ont été édictées ne sont pas des règles à suivre comme telles; chaque cas doit être étudié individuellement. Dans votre prise de décision, il est important que vous déterminiez si le facteur temps est important et s'il est une indication du travail à être effectué. Si tel est le cas, on ne peut faire preuve d'autant de largesse que si le temps n'a aucun impact sur la démonstration des connaissances.

[34] Il n'y a aucune preuve du fait que le Ministère ait jamais suivi les conseils de M. Nadeau. Cela est particulièrement important parce que, comme on l'a déjà mentionné, aucun spécialiste n'a été consulté lorsqu'on a initialement mis au point les mesures d'adaptation proposées. Cela veut dire qu'aucun spécialiste n'a pris part à l'élaboration de ces mesures ni ne les a approuvées à quelque étape que ce soit. Dans l'affaire connexe T-1201-01, par contraste, le ministère concerné avait consulté le CPP ainsi qu'un neuropsychologue en vue de la conception des mesures d'adaptation. Un ministère ou un jury de sélection n'a pas à consulter un spécialiste externe à chaque fois qu'il y a un candidat handicapé. Il suffira dans certains cas de se fonder sur les lignes directrices de la CFP ou de consulter le CCP. Ce qui est essentiel, c'est que le jury de sélection fasse ce qui est nécessaire pour comprendre la situation du candidat et prenne les mesures requises en vue de l'adaptation appropriée à son handicap. Je ne suis pas convaincu que Transports Canada l'ait fait en l'espèce.

3. Did the Appeal Board err in finding that the applicant was not being assessed on his “ability to work effectively under pressure of tight deadlines” in the knowledge test?

[35] Before the Appeal Board, the applicant argued that Transport Canada improperly incorporated the requirement that a candidate be able to work to effectively under tight deadlines into the examination. He contended that his invitation to write the written examination meant he had already satisfied this criteria and that the examination was designed to assess the knowledge component of the Statement of Qualifications. The applicant’s allegation was based on comments made by Mr. Eley in an e-mail to the applicant dated February 28, 2000:

In closing I would like to draw your attention to the Statement of Qualifications where “Ability to work effectively under pressure of tight deadlines” is a rated requirement. This is an important consideration for us because of the operational nature of our work and the large number of non-discretionary deadlines that we have to meet.

[36] In response, Transport Canada argued that it could not have allowed the applicant unlimited time and that its proposal was reasonable when the need for a candidate who could work effectively under tight deadlines was taken into account. The Department considered the time factor a necessary part of the examination because the successful candidate would have to work under many non-discretionary deadlines.

[37] The Appeal Board was of the opinion that the written examination was designed to assess the knowledge component of the candidate’s qualifications and that his “ability to work effectively under pressure of tight deadlines” would be assessed at a later stage. Accordingly, the Appeal Board found that the applicant had not been rejected on this basis because this qualification had not yet been assessed. The relevant portion of the Appeal Board’s decision is paragraph 32:

The appellant’s remaining allegation, allegation 7, deals with the “ability to work effectively under pressure of tight deadlines”, a personal suitability requirement listed in the

3. Le comité d’appel a-t-il commis une erreur en concluant que l’examen de connaissances subi par le demandeur ne visait pas à évaluer son «aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés»?

[35] Le demandeur a soutenu devant le comité d’appel que Transports Canada avait fait inclure à tort comme exigence dans l’examen qu’un candidat ait un bon rendement sous la pression de délais serrés. Le demandeur a soutenu qu’il découlait de l’invitation reçue à passer l’examen écrit qu’il répondait déjà à ce critère, et que l’examen devait évaluer la composante connaissances de l’énoncé de qualités. L’allégation du demandeur se fonde sur les commentaires formulés dans un courriel que M. Eley lui a envoyé le 28 février 2000:

[TRADUCTION] Pour conclure, j’aimerais attirer votre attention sur l’énoncé de qualités, qui comporte comme exigence cotée l’«aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés». Ce facteur nous importe en raison du caractère opérationnel de notre travail et du grand nombre de délais obligatoires qu’il nous faut respecter.

[36] Transports Canada a rétorqué qu’elle n’aurait pu n’imposer aucun délai au demandeur et que sa proposition était raisonnable, compte tenu de la nécessité de trouver un candidat pouvant avoir un bon rendement en situation de délais serrés. Le Ministère estimait que le facteur temps était un élément nécessaire de l’examen, comme le candidat reçu aurait souvent à respecter des délais obligatoires dans le cadre de son travail.

[37] Le comité d’appel était d’avis que l’examen écrit visait à évaluer la composante connaissances des compétences du candidat, et que son «aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés» serait évaluée à une étape ultérieure. Le comité d’appel a conclu, par conséquent, que la candidature du demandeur n’avait pas été rejetée pour ce motif, puisque cette compétence n’avait pas encore fait l’objet d’évaluation. Le passage pertinent de la décision du comité d’appel est son paragraphe 32:

[TRADUCTION] La dernière allégation de l’appelant (l’allégation 7) concerne l’«aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés», une qualité personnelle

statement of qualifications for both positions. It appears from the wording of his allegation that the appellant wrongly assumed that meeting the educational and experience criteria was sufficient to establish that he satisfied this criterion. However, the appellant was never assessed on this requirement. In my opinion, Mr. Eley made an inappropriate comment in his 28 February 2000 e-mail to the appellant when he raised the question of this requirement. Had the appellant passed the written examination, the Selection Board would have been obliged to assess the appellant on that criterion just as it was required to do for all other candidates. Since the appellant was not assessed on this requirement, there is no basis to presume he would or would not have satisfied it. There is no foundation for this allegation and it too is dismissed.

[38] There is not a sufficient evidentiary basis for finding that the Appeal Board erred in this respect. The evidence before the Court on this point was incomplete on this point and I cannot say with precision at what stage this qualification was to be assessed. The Court defers to the finding of the Appeal Board on this point.

[39] The Appeal Board's finding also raises an interesting side issue that was discussed at the oral hearing of this application. The logical extension of the Appeal Board's reasoning is that if the applicant's "ability to work effectively under pressure of tight deadlines" was not being tested by the written examination, then it was not a legitimate basis upon which Transport Canada could limit the time available to the applicant. This is not to say that the written examination could not have been used to assess this qualification, but rather that it was not designed for that purpose in this competition. It is also important to point out that Transport Canada was entitled to limit the time available to the applicant for other reasons, such as ensuring fairness to other candidates.

4. Did the Appeal Board err by finding the applicant did not fulfill his duty to facilitate the search for reasonable accommodations?

[40] The Appeal Board also found the applicant had failed to fulfill his duty to facilitate the search for

requis selon l'énoncé de qualités pour l'un et l'autre postes. Le libellé de l'allégation de l'appelant laisse croire que ce dernier présumait à tort que satisfaire aux critères concernant les études et l'expérience suffisait pour démontrer qu'il respectait aussi le critère lié à cette aptitude. L'appelant n'a toutefois jamais été évalué relativement à celle-ci. J'estime que M. Eley a formulé un commentaire inapproprié, dans le courriel du 28 février 2000 transmis à l'appelant, lorsqu'il a soulevé la question de cette aptitude requise. Si l'appelant avait passé l'examen écrit, le jury de sélection aurait été tenu d'évaluer le respect par lui de ce critère, comme il devait le faire pour tous les autres candidats. Comme l'appelant n'a pas été évalué relativement à ce critère, rien ne permet de présumer qu'il y aurait ou non satisfait. L'allégation est sans fondement et elle est elle aussi rejetée.

[38] Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que le comité d'appel a commis une erreur à cet égard. La preuve présentée à la Cour était incomplète sur ce point et je ne peux affirmer avec précision à quelle étape cette compétence devait être évaluée. La Cour s'en rapporte à la conclusion du comité d'appel sur cette question.

[39] La conclusion du comité d'appel fait également se soulever une intéressante question secondaire dont on a traité à l'audience relative à la présente demande. La suite logique du raisonnement du comité d'appel c'est que, si l'examen écrit ne visait pas à évaluer l'«aptitude à avoir un bon rendement sous la pression de délais serrés» du demandeur, ce n'était donc pas là d'un motif légitime pour que Transports Canada restreigne le délai accordé au demandeur. Cela ne veut pas dire que l'examen écrit n'aurait pu servir à évaluer cette compétence, mais plutôt qu'il n'avait pas été conçu à cette fin dans le cadre de ce concours. Il importe également de souligner que Transports Canada avait le droit de restreindre le délai du demandeur pour d'autres motifs, y compris pour être équitable à l'endroit des autres candidats.

4. Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en concluant que le demandeur ne s'était pas acquitté de son obligation de faciliter la recherche d'un compromis raisonnable?

[40] Le comité d'appel a également conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté de son obligation de

acceptable accommodations as required by *Renaud*, *supra*. The duty upon an individual was described by Sopinka J. in the following terms at pages 994-995:

To facilitate the search for an accommodation, the complainant must do his or her part as well. Concomitant with a search for reasonable accommodation is a duty to facilitate the search for such an accommodation. Thus in determining whether the duty of accommodation has been fulfilled the conduct of the complainant must be considered.

This does not mean that, in addition to bringing to the attention of the employer the facts relating to discrimination, the complainant has a duty to originate a solution. While the complainant may be in a position to make suggestions, the employer is in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business. When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. This is the aspect referred to by McIntyre J. in *O'Malley*. The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

[41] The Appeal Board was correct in finding the applicant could have done more to facilitate the search for accommodations. While the applicant did place before Transport Canada the facts relating to his disability and a general idea of what accommodations would be necessary, he did not take advantage of the opportunity to make suggestions about what type of accommodations would satisfy his needs when presented with the Department's initial proposals. The bulk of his e-mail of January 24, 2000 was a reiteration of the symptoms he suffered from due to MS. The only concrete suggestions made by the applicant were for frequent breaks and that typing time not be inclusive in any time limits. The applicant could have been more explicit in making known to the Department why he felt its proposal was deficient and suggest possible remedies for any shortcomings.

faciliter la recherche d'un compromis convenable, tel que *Renaud*, précité, le requiert. Le juge Sopinka a décrit cette obligation en ces termes, aux pages 994 et 995:

Pour faciliter la recherche d'un compromis, le plaignant doit lui aussi faire sa part. À la recherche d'un compromis raisonnable s'ajoute l'obligation de faciliter la recherche d'un tel compromis. Ainsi, pour déterminer si l'obligation d'accommodement a été remplie, il faut examiner la conduite du plaignant.

Cela ne signifie pas qu'en plus de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, le plaignant est tenu de proposer une solution. Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise. Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable. C'est cet aspect que le juge McIntyre a mentionné dans l'arrêt *O'Malley*. Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

[41] Le comité d'appel a conclu à juste titre que le demandeur aurait pu faire davantage pour faciliter la recherche d'un compromis. Bien que le demandeur ait fait part à Transports Canada des faits concernant sa déficience et qu'il lui ait donné une idée générale des mesures d'adaptation qui seraient nécessaires, lorsqu'on lui a présenté les propositions initiales du ministère, il n'a pas profité de l'occasion pour formuler des suggestions quant au type de mesures d'adaptation qui répondraient à ses besoins. Dans son courriel du 24 janvier 2000, il a essentiellement répété les symptômes dont il était affligé parce qu'il avait la SEP. Le demandeur, comme seules suggestions concrètes, a demandé qu'on lui accorde de fréquentes pauses et qu'on ne tienne pas compte du temps requis pour dactylographier dans le calcul du délai imparti. Le demandeur aurait pu déclarer plus explicitement au Ministère pourquoi il estimait sa proposition entachée de lacunes et suggérer des solutions pour corriger celles-ci.

[42] One of the ways in which the applicant could have aided the search for accommodation was by being more forthcoming about the arrangements made by the University of Ottawa to accommodate him while he was studying for his MBA. This is illustrated by an exchange between Appeal Board Chairperson Monk and the applicant concerning his allegation that Transport Canada did not find out about any modifications or adjustments that were made in previous testing situations (at page 12 of the transcript):

Monk: Could you give me some information about that.

Tremblay: No consultation. It goes back to a case-by-case basis; if I would have been approached then I could have informed them that in the past assessments have been done differently; the University of Ottawa during my graduate studies; this information that would come out in a case-by-case analysis I was never approached by the department.

Monk: Why did you not share that information with them? For example, that while I was a graduate student at the University of Ottawa I was evaluated by, or how, method X. Why didn't you share that information with the department?

Tremblay: Because that is part of the case-by-case analysis. If I was approached by the department I would be able [to] present how assessments and accommodations had been made in the past. I wanted to see if the department was going to follow the Guidelines.

Monk: And you decided not to initiate that?

Tremblay: I did initiate it.

Monk: Not to volunteer that information without them asking.

Tremblay: I was not aware that I was withholding information.

Monk: No I am not saying you were withholding it, but you didn't volunteer it; I mean, how do I: I'm getting the message from what I'm understanding at this point is that you did not say to; no; I mean I read your e-mails I don't see anything in there that say, for example, that I have been accommodated in other situations such as during my graduate studies by the following methods which may be appropriate in this situation.

Tremblay: That's correct.

[42] Le demandeur aurait notamment pu faciliter la recherche d'un compromis en étant plus ouvert au sujet des mesures d'adaptation prises à son égard par l'Université d'Ottawa lorsqu'il y étudiait en vue d'obtenir une maîtrise en administration des affaires. On peut le constater par un échange entre la présidente du comité d'appel Monk et le demandeur relativement à l'allégation de ce dernier selon laquelle Transports Canada ne s'était pas renseigné au sujet de modifications ou d'adaptations effectuées dans des situations antérieures d'examen (à la page 12 de la transcription):

[TRADUCTION]

Monk: Pourriez-vous me donner de l'information à ce sujet?

Tremblay: Il n'y a pas eu de consultation. On en revient à l'analyse individuelle; si on m'avait approché, j'aurais pu faire état d'évaluations antérieures effectuées différemment, comme dans le cadre de mes études supérieures à l'Université d'Ottawa. Une analyse individuelle aurait révélé cette information, mais le ministère ne m'a jamais approché.

Monk: Pourquoi ne leur avez-vous pas fait part de cette information? En disant, par exemple, pendant mes études supérieures à l'Université d'Ottawa, j'ai été évalué de telle manière, ou selon la méthode X. Pourquoi n'avez-vous pas communiqué cette information au ministère?

Tremblay: Parce que cela fait partie d'une analyse individuelle. Si le ministère m'avait approché, j'aurais pu décrire les évaluations et les mesures d'adaptation dont j'avais fait l'objet dans le passé. Je voulais voir si le ministère allait suivre les Lignes directrices.

Monk: Et vous avez décidé de ne pas prendre les devants?

Tremblay: J'ai pris les devants.

Monk: Vous n'avez pas présenté de vous-même cette information sans qu'on vous la demande.

Tremblay: Je ne croyais pas dissimuler de l'information.

Monk: Je ne dis pas que vous la dissimuliez, mais que vous ne l'avez pas présentée de vous-même. Je veux dire, ce que je comprends jusqu'à maintenant c'est que vous n'avez pas dit; non, je veux dire qu'à la lecture de vos courriels, il ne ressort jamais que vous ayez dit, par exemple, qu'on avait tenu compte de vos besoins dans d'autres situations, comme pendant vos études supérieures, en recourant à telle ou telle méthode qui pourrait être appropriée dans le cas présent.

Tremblay: C'est vrai.

Monk: And did you not think it was incumbent upon you to give that information unless they came to you to assess you individually?

Tremblay: That's what the Guidelines tell them to do.

Monk: So it comes back to failing to follow the Guidelines.

Tremblay: That's correct.

Monk: But I mean if the issue is how is a person with a disability accommodated so that they are fairly assessed then, I guess, I have to ask myself whose job is it; does it all rest with the department or is there also some responsibility of the person being examined to advise the department of I need the following or what you're doing is not appropriate. So I have to think about that.

Tremblay: Yes. That is correct. I continuously prompted the department.

[43] The applicant's testimony leaves the impression that he felt it was solely the Department's responsibility to come to him and get the needed information. Ideally, the search for accommodation should be a co-operative process. The applicant could have facilitated the co-operative process by openly sharing information with the Department.

[44] Nonetheless, in *Renaud*, *supra* the Supreme Court placed the primary onus for devising and implementing accommodations on the employer. The search for accommodations in the case at bar foundered primarily because Transport Canada did not take the necessary steps to discern specifics about the applicant's situation. As a result, the merit principle was not respected and a new competition for these positions is required.

DISPOSITION

[45] This application for judicial review is allowed and the decision of Appeal Board Chairperson Monk is set aside. The matter is referred to the PSC so that it may establish a new selection board to conduct a new competition for competition numbers 99-MOT-CC-OTT-024854 and 99-MOT-CC-OTT-024853. In view of

Monk: Et vous pensiez qu'il ne vous incombait pas de donner cette information à moins qu'on vienne vous évaluer de manière individuelle?

Tremblay: C'est ce que les Lignes directrices leur disent de faire.

Monk: Donc on en revient à un défaut de suivre les Lignes directrices?

Tremblay: C'est exact.

Monk: Mais s'il s'agit d'établir comment s'adapter à une personne ayant une déficience de façon à ce qu'elle soit évaluée équitablement, j'imagine que je dois alors me demander qui doit s'acquitter de cette tâche. Le ministère en a-t-il seul le fardeau, ou n'incombe-t-il pas dans une certaine mesure à la personne évaluée de l'informer qu'elle a besoin de ceci ou de cela, ou que les mesures prises ne sont pas appropriées? Je dois me poser ces questions.

Tremblay: Oui, c'est exact. J'ai continuellement pressé le ministère.

[43] Le témoignage du demandeur donne l'impression que ce dernier estimait de la seule responsabilité du Ministère de l'approcher pour obtenir l'information requise. Idéalement, la recherche d'un compromis devrait se faire dans un esprit de coopération, et le demandeur aurait dû faciliter le processus en étant ouvert dans sa communication d'information au Ministère.

[44] Quoi qu'il en soit, dans *Renaud*, la Cour suprême a principalement fait reposer sur l'employeur le fardeau de concevoir et de mettre en œuvre des mesures d'adaptation. La recherche d'un compromis a principalement échoué en l'espèce parce que Transports Canada n'a pas fait le nécessaire pour connaître le détail de la situation du demandeur. Par suite, le principe du mérite n'a pas été respecté et un nouveau concours est requis pour les postes concernés.

DÉCISION

[45] La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la présidente du comité d'appel Monk est annulée. L'affaire est renvoyée à la CFP pour qu'elle constitue un nouveau jury de sélection devant procéder à un nouveau concours (numéros de concours 99-MOT-CC-OTT-024854 et 99-MOT-CC-

the divided success between dockets T-1958-00 and T-1201-01, there will be no order as to costs.

OTT-024853). Étant donné les succès partagés des parties dans les affaires T-1958-00 et T-1201-01, aucuns dépens ne seront adjugés.

2003 FCA 191
A-195-022003 CAF 191
A-195-02**Douglas L. Crowe** (*Appellant*)**Douglas L. Crowe** (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

A-196-02

A-196-02

Kenneth A. Cush (*Appellant*)**Kenneth A. Cush** (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)**INDEXED AS: CROWE v. CANADA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CROWE c. CANADA (C.A.)**Court of Appeal, Rothstein, Evans and Malone JJ.A.—
Calgary, April 2; Ottawa, April 17, 2003.Cour d'appel, juges Rothstein, Evans et Malone, J.C.A.—
—Calgary, 2 avril; Ottawa, 17 avril 2003.

Judges and Courts — Provincial court judges seeking to deduct from income tax membership dues in judge's association — Remuneration of provincial court judges contentious matter in Alberta for over a decade — Association's Executive Committee spending 90% of time on judicial independence, compensation, litigating against Alberta Government — T.C.J. holding judges not "public servants" due to constitutional status as independent office holders precluded from bargaining with Government — If public servants, dues would have been deductible — Argued that judicial independence not impaired by allowing as income tax deduction dues paid association fighting for judicial independence — "Public servants" not including judges, meaning civil servants or government employees — Judicial branch of government operates independently of executive, legislative branches — Reference to English, French language dictionaries as to meaning of "public servant" — None including judges in definition — Same conclusion supported by statutory context — That legislation extending to judges certain benefits enjoyed by public servants not making judges public servants — In constitutional context, wrong to call judge "public employee" as not "servant" subject to master's control — Terms of relationship with state dictated by Constitutional terms, conventions — To say judges "serve" public by administering justice not making them "public servants" for ITA purposes — Court mandated judicial compensation commissions making recommendations to government so different from normal collective bargaining process, Parliament could not have intended to include judges' associations in "associations of public servants" — Advent of judicial compensation commissions not eroding

Juges et tribunaux — Des juges de cour provinciale ont demandé à déduire de leur revenu pour fins d'impôt la cotisation versée pour être membre de leur association de juges — La rémunération des juges de cour provinciale est source de différends depuis plus d'une décennie en Alberta — Le comité exécutif de l'association a consacré plus de 90 % de son temps à des questions concernant la rémunération et l'indépendance des juges ainsi qu'aux litiges avec le gouvernement de l'Alberta — Le juge de la Cour de l'impôt a statué que les juges ne sont pas des «fonctionnaires» puisqu'en vertu de la Constitution, ils sont des titulaires d'une charge indépendants qui ne peuvent négocier avec le gouvernement — S'ils avaient été fonctionnaires, les cotisations auraient été déductibles — On a soutenu qu'on ne portait pas atteinte à l'indépendance judiciaire en permettant de déduire du revenu les cotisations versées à une association qui lutte en faveur de cette indépendance — L'expression «fonctionnaires» s'entendant des agents publics ou des employés de l'État, elle ne vise pas les juges — Le pouvoir judiciaire du gouvernement exerce ses fonctions indépendamment des pouvoirs exécutif et législatif — On renvoie à des dictionnaires français et anglais pour établir le sens de «fonctionnaires» — Les juges ne sont inclus dans aucune définition utilisée — Le contexte législatif étaye la même conclusion — Le fait que des lois confèrent aux juges certains avantages octroyés à la fonction publique ne fait pas d'eux des fonctionnaires — En contexte constitutionnel, il est inexact de qualifier un juge d'«employé de l'État» puisqu'il ne s'agit pas d'un «préposé» soumis au contrôle de son commettant — Les conditions de la relation des juges avec l'État sont régies par les termes et les conventions de la

distinction between judges, workers governed by collective bargaining process.

Income Tax — Income calculation — Deductions — Income Tax Act, s. 8(1)(i)(iv) permitting deduction of dues paid association of public servants — Provincial court judges seeking to deduct dues paid judges' association which concentrates efforts on judicial independence, compensation, litigating against Alberta Government — Issue: for tax deduction purposes, are provincial court judges "public servants?" — Considering dictionary definitions, statutory, constitutional contexts, judges not "public servants" — To say judges "serve" public by administering justice, not making them "public servants" for ITA purposes — Broad definition proposed by taxpayers goes against narrow limitation of deduction to dues paid "associations of public servants", not broader wording as any association of employees, whether unionized or not, in both public, private sectors — Taxpayers' interpretation ignoring labour relations context of provision from which inferred Parliament contemplating associations, while not certified bargaining agents, negotiating collectively for members — Court mandated judicial compensation commissions which make recommendations to government so far removed from normal collective bargaining, Parliament could not have meant to include judges' associations within "associations of public servants".

Appellants, Alberta Provincial Judges' Association members, each sought to deduct annual dues of \$1,500 but this was disallowed by the Minister. The Tax Court of Canada having dismissed their appeal, they appealed to the Federal Court of Appeal.

Income Tax Act, subparagraph 8(1)(i)(iv) permits the deduction of membership dues paid to an association of public servants. The issue was whether provincial court judges are, for the purposes of this statutory provision, "public servants".

Constitution — Dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas d'eux des fonctionnaires (public servants) aux fins de la LIR — Les commissions d'examen de la rémunération des juges prescrites par les tribunaux qui font des recommandations au gouvernement sont si éloignées des schémas habituels de la négociation collective que le législateur fédéral n'a pu avoir l'intention de viser les associations de juges en recourant à l'expression «association de fonctionnaires» — La création de commissions d'examen de la rémunération des juges n'a pas porté atteinte à la distinction existant entre les juges et les travailleurs régis par le processus de négociation collective.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — L'art. 8(1)i(iv) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet au contribuable de déduire les cotisations versées à une association de fonctionnaires — Des juges de cour provinciale ont demandé à déduire les cotisations versées à une association de juges qui s'occupe principalement de questions concernant la rémunération et l'indépendance des juges ainsi que de litiges avec le gouvernement de l'Alberta — La question en litige est celle de savoir si, pour les fins de la déduction fiscale, les juges de cour provinciale sont ou non des «fonctionnaires» — Compte tenu des définitions de dictionnaires et des contextes législatif et constitutionnel, les juges ne sont pas des «fonctionnaires» — Dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas d'eux des «fonctionnaires» (public servants) aux fins de la LIR — La large définition suggérée par les contribuables va à l'encontre de la déduction étroite prévue pour les cotisations versées aux «associations de fonctionnaires»; il ne s'agit pas de toute association d'employés en son sens le plus large, qu'ils soient syndiqués ou non et des secteurs tant public que privé — L'interprétation des contribuables fait abstraction du contexte des relations du travail entourant la disposition, qui permet de déduire que le législateur fédéral songeait à l'association qui, sans être un agent négociateur accrédité, négocie collectivement pour ses membres — Les commissions d'examen de la rémunération des juges prescrites par les tribunaux qui font des recommandations au gouvernement sont si éloignées des schémas habituels de la convention collective que le législateur fédéral n'a pu avoir l'intention de viser les associations de juges en recourant à l'expression «association de fonctionnaires».

Chacun des appelants, des membres de la Alberta Provincial Judges' Association, a demandé à déduire des cotisations annuelles de 1 500 \$ de son revenu, déductions que le ministre n'a pas admises. La Cour canadienne de l'impôt ayant rejeté leur appel, ils ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale.

Le sous-alinéa 8(1)(i)(iv) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet au contribuable de déduire les cotisations versées à une association de fonctionnaires. La question en litige était celle de savoir si les juges de cour provinciale sont ou non des «fonctionnaires», aux fins de cette disposition.

The remuneration of Alberta's Provincial Court judges has been a contentious matter since 1989 and the Association was granted intervener status in litigation which, together with cases concerning the independence of judges of other provincial courts, went all the way up to the Supreme Court of Canada. The Association's Executive Committee devotes 90% of its time to issues of judicial compensation, judicial independence and litigation against the Government of Alberta.

The Tax Court Judge held that judges were not "public servants" in view of their constitutional status as independent office holders precluded by the Constitution from bargaining terms and working conditions with Government, the source of their compensation. Had they been public servants, the dues would have been deductible.

The relevant legislation allows for the deduction of amounts paid by a taxpayer as annual trade union dues or to maintain membership in an association of public servants, the object of which is to promote the improvement of members' conditions of employment or work.

Held, the appeals should be dismissed.

The issue being one of statutory interpretation, the judgment appealed from was to be reviewed according to the standard of correctness.

It was argued for taxpayers that the words "public servants" should be broadly construed so as to include all those paid out of the public purse. The argument was that judicial independence could not be compromised by allowing, as income tax deduction, dues paid to an association which fights for their independence. The respondent argued that "public servants" are subject to supervision and work under a collective agreement. The Constitution prohibits judges from labour relations bargaining with Government.

It had to be concluded that the term "public servants" does not extend to judges but refers to "civil servants" or "government employees". It does not include members of the judicial branch of government which operates independently of the executive and legislative branches. Reference to numerous English- and French-language dictionaries as to the definition of "public servant" reveal that it means a civil servant and that, in France, the term has a wider connotation, including such occupations as teachers, social workers and railway employees, but no dictionary includes judges in the definition.

The same conclusion was supported by general statutory contexts. For example, the *Public Service Employment Act*

La rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Alberta a été source de différends depuis 1989, et l'Association a été autorisée à intervenir dans une action qui, en même temps que les affaires concernant l'indépendance des juges d'autres cours provinciales, a été tranchée en bout de ligne par la Cour suprême du Canada. Le comité exécutif de l'Association consacre 90% de son temps à des questions concernant la rémunération et l'indépendance des juges ainsi qu'aux litiges avec le gouvernement de l'Alberta.

Le juge de la Cour de l'impôt a statué que les juges n'étaient pas des «fonctionnaires», comme ils étaient en vertu de la Constitution des titulaires d'une charge indépendants qui ne peuvent négocier leurs conditions de travail avec le gouvernement, qui est la source de leur rémunération. S'ils avaient été des fonctionnaires, les appelants auraient eu le droit de déduire les cotisations.

Les dispositions pertinentes permettent au contribuable de déduire les cotisations annuelles versées à un syndicat ou pour demeurer membre d'une association de fonctionnaires dont le principal objet est de favoriser l'amélioration des conditions d'emploi ou de travail des membres.

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

La question en litige en étant une d'interprétation législative, la norme de contrôle judiciaire applicable au jugement dont appel était celle du bien-fondé.

Les contribuables ont soutenu qu'il fallait donner une interprétation libérale à l'expression «fonctionnaires», de manière à ce qu'elle s'entende de toute personne rémunérée par les fonds publics. L'argument c'était qu'on ne peut porter atteinte à l'indépendance judiciaire en permettant que soient déduites du revenu aux fins d'impôt les cotisations versées à une association qui lutte pour cette indépendance. L'intimée a soutenu pour sa part que les «fonctionnaires» font l'objet d'une supervision et sont régis par une convention collective. Or, la Constitution interdit aux juges de négocier leurs conditions de travail avec le gouvernement.

Il fallait conclure que l'expression «fonctionnaires», qui s'entend des «agents publics» ou «employés de l'État», ne vise pas les juges. L'expression ne vise pas les membres du pouvoir judiciaire du gouvernement, qui exercent leurs fonctions indépendamment des pouvoirs exécutif et législatif. Selon la définition qu'en donnent de nombreux dictionnaires français et anglais, «fonctionnaire» s'entend d'un agent public, le «service public» ayant en France un sens plus large, qui recouvre les enseignants, les travailleurs sociaux ainsi que les employés de chemins de fer. Les juges ne sont toutefois compris dans la définition d'aucun dictionnaire.

Les contextes législatifs généraux étayent la même conclusion. Ainsi, par exemple, la *Loi sur l'emploi dans la*

(PSEA) of 1966-1967 replaced the *Civil Service Act*. The powers of the Public Service Commission were the same as those formerly possessed by the Civil Service Commission. Federal Judges are appointed, not under the PSEA, but by authority of *Constitution Act, 1867* and sections 96 and 100 and the *Judges Act*. In Alberta, provincial judges are appointed, not under the provincial *Public Service Act* but rather under *Provincial Court Act*. That both federal and provincial legislation extends to judges certain benefits provided by public service statutes does not make judges public servants: *Valente v. The Queen*.

In the constitutional context, it was said by McDonald J. in an Alberta case, *R. v. Campbell*, that “In Canada it is inaccurate to refer to a judge as a ‘public employee’ because an employee or, to use legal terminology, a ‘servant’, is subject to the control of his or her employer or ‘master’ as to the manner in which he or she performs his or her duties. A judge is not subject to the control of the Crown (the executive government) or of the legislature.” Again, in *Wells v. Newfoundland*, Major J. pointed out that, as for judges and “others who fulfil constitutionally defined state roles”, the “terms of their relationship with the state are dictated by the terms and conventions of the Constitution”. The Constitution was seen as the basis for the distinction between the situation of judges and senior public officials—such as administrative agency members—who enjoy a significant degree of decision-making and operational independence from the Executive.

Taxpayers argued that, since under the *Income Tax Act*, an “employee” includes an “officer” and “office” includes “a judicial office”, judges are, for the purpose of subsection 8(1), employees. Thus it was submitted that public servants could include judges and that the extended definitions in subsection 248(1) free the term “public servants” in subparagraph 8(1)(i)(iv) from its general meaning as excluding judges. But to say that judges “serve” the public by administering justice does not make them “public servants” for *Income Tax Act* purposes.

It was argued for appellants that judges, as workers and taxpayers, should, like others, be able to claim legitimate tax deductions. There was high authority for the proposition that, in exceptional circumstances, courts have to resort to the residual presumption and interpret the Act in taxpayer’s favour. But the broad rationale proposed by appellants failed to explain why the subparagraph limits eligible membership dues to those paid to “associations of public servants” rather than any association of employees, whether unionized or not, in both the public and private sectors. Furthermore, the

fonction publique (LEFP) de 1966-1967 a remplacé la *Loi sur le service civil*. Les pouvoirs de la Commission de la fonction publique étaient les mêmes que ceux qu’avait auparavant la Commission du Service civil. Les juges nommés par le fédéral le sont, non en vertu de la LEFP, mais bien des articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que de la *Loi sur les juges*. En Alberta, les juges provinciaux sont nommés non pas en vertu de la *Public Service Act* de la province, mais plutôt de sa *Provincial Court Act*. Le fait que des lois tant fédérales que provinciales confèrent aux juges certains avantages prévus par les lois relatives à la fonction publique ne fait pas d’eux des fonctionnaires (*Valente c. La Reine*).

En contexte constitutionnel, le juge McDonald a déclaré dans l’affaire albertaine *R. c. Campbell*: «Au Canada, il est inexact de qualifier un juge d’«employé de l’État» parce qu’un employé, ou “préposé” pour recourir à la terminologie juridique, est soumis au contrôle de son employeur ou “commettant” dans l’exécution de ses tâches. Un juge n’est pas soumis au contrôle de la Couronne (ou du pouvoir exécutif) ou du pouvoir législatif. Dans *Wells c. Terre-Neuve*, de même, le juge Major a souligné qu’en ce qui concerne les juges et «d’autres personnes qui remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement», les «conditions de leur relation avec l’État sont régies par les termes et les conventions de la Constitution». On a trouvé dans la Constitution le fondement de ce qui distingue la situation des juges et celle des hauts fonctionnaires—comme les membres d’un organisme administratif—qui ont un degré élevé d’indépendance face à l’exécutif aux plans de la prise de décisions et des opérations.

Les contribuables ont soutenu que, puisqu’en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’expression «employé» comprend un «fonctionnaire» (*officer*) et l’expression «charge» (*office*) comprend une «charge judiciaire», les juges sont des employés aux fins du paragraphe 8(1). On a donc soutenu que les fonctionnaires pourraient comprendre les juges et que les définitions à large portée du paragraphe 248(1) permettent de s’écarter du sens général, qui exclut les juges, de l’expression «fonctionnaires» au sous-alinéa 8(1)(i)(iv). Toutefois, dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas d’eux des «fonctionnaires» (*public servants*) aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

On a soutenu au nom des appelants que les juges, en tant que travailleurs et contribuables, devraient avoir le droit comme tout le monde de se prévaloir de déductions légitimes de leur revenu. Un arrêt-clé prévoit qu’en des circonstances exceptionnelles, un tribunal peut recourir à la présomption résiduelle et interpréter la Loi en faveur du contribuable. Mais l’objectif général du sous-alinéa, selon ce que prétendent les appelants, ne permet pas d’expliquer pourquoi celui-ci restreindrait les cotisations admissibles à celles versées à une «association de fonctionnaires» plutôt que de viser toute

interpretation suggested by appellants ignored the labour relations context of the provision from which it could be inferred that Parliament had in mind associations that, while not certified as bargaining agents, did negotiate collectively on their members' behalf.

In Alberta, to compensate for the constitutional ban on compensation negotiations between judges and their "employer", the Court mandated the establishment of judicial compensation commissions to make recommendations to government. The Alberta Provincial Judges' Association instituted litigation when government rejected the first commission's recommendations. This is so far removed from the usual collective bargaining pattern that the intention to include judges' associations in the words "associations of public servants" could not be attributed to Parliament. The advent of judicial compensation commissions had not significantly eroded the distinction between the position of judges from that of workers governed by the normal labour relations bargaining process.

association d'employés, syndiqués ou non, tant des secteurs public que privé. En outre, l'interprétation suggérée par les appelants faisait abstraction du contexte des relations de travail entourant la disposition, qui permet de déduire que le législateur fédéral songeait à l'association qui, sans être un agent négociateur accrédité, négocie collectivement au nom de ses membres.

En Alberta, pour compenser l'interdiction découlant de la Constitution des négociations salariales entre les juges et leur «employeur», la Cour a prescrit la création de commissions d'examen de la rémunération des juges devant faire recommandations au gouvernement. La Alberta Provincial Judges' Association a intenté des poursuites lorsque le gouvernement a rejeté les recommandations de la première commission. Cela est si éloigné des schémas habituels de la convention collective qu'on n'a pu attribuer au législateur fédéral l'intention de viser les associations de juges en recourant à l'expression «association de fonctionnaires». La création de commissions d'examen de la rémunération des juges n'a pas porté atteinte de manière importante à la distinction existant entre la situation des juges et celle des travailleurs régis par le processus normal de négociation dans le domaine du travail.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3(1) "trade union", 6.
- Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 100.
- Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 8(1)(i)(iv), 248(1) "employee", "employer", "employment", "office", 250(1)(c).
- Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 11(10) (as enacted by S.C. 1951, c. 51, s. 3).
- Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 152, ss. 2(1) "trade union", 55.
- Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1.
- Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, ss. 1(x), 4(2).
- Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31.
- Public Servants Inventions Act*, R.S.C., 1985, c. P-32, s. 2 "public servant".
- Public Service Act*, R.S.A. 2000, c. P-42.
- Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 2000, c. P-43.
- Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.
- Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, 3(1) «syndicat», 6.
- Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 1(x), 4(2).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 5], art. 96, 100.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, art. 8(1)(i)(iv), 248(1) «charge», «employé», «employeur», «emploi», 250(1)(c).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 11(10) (édicte par S.C. 1951, ch. 51, art. 3).
- Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.
- Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71.
- Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57.
- Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1.
- Loi sur les inventions des fonctionnaires*, L.R.C. (1985), ch. P-32, art. 2 «fonctionnaire».
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.
- Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends au travail*, S.R.C. 1952, ch. 152, 2(1) «syndicat», 55.

Provincial Court Act, R.S.A. 2000, ch. P-31.
Public Service Act, R.S.A. 2000, ch. P-42.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 2000, ch. P-43.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Campbell (1994), 160 A.R. 81 (Q.B.); *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 269; 177 D.L.R. (4th) 73; 15 Admin. L.R. (3d) 274; 46 C.C.E.L. (2d) 165; 245 N.R. 275.

CONSIDERED:

Valente v. The Queen et al. [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. 3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.

REFERRED TO:

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161.

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary. Toronto: Oxford University Press, 2001, "public servant".
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Finkelman, J. and S. B. Goldenberg. *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*. Montréal: Institut for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques, 1983.
ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language: An Encyclopedic Reference. Toronto: ITP Nelson, 1997, "public servant".
Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998, "public servant".
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, "fonctionnaire".

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Campbell (1994), 160 A.R. 81 (C.B.R.); *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 269; 177 D.L.R. (4th) 73; 15 Admin. L.R. (3d) 274; 46 C.C.E.L. (2d) 165; 245 N.R. 275.

DÉCISION EXAMINÉE:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.

DÉCISIONS CITÉES:

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161.

DOCTRINE

Canadian Oxford Dictionary. Toronto: Oxford University Press, 2001, «public servant».
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Finkelman, J. et S. B. Goldenberg. *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*. Montréal: Institut de recherches politiques/Institut for Research on Public Policy, 1983.
ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language: An Encyclopedic Reference. Toronto: ITP Nelson, 1997, «public servant».
Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998, «public servant».
Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, «fonctionnaire».

Robert & Collins super senior: grand dictionnaire français-anglais, anglais-français, 2nd ed. Paris: Dictionnaires Le Robert; Glasgow: HarperCollins, 2000, «fonctionnaire».

Webster's Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass.: Meriam-Webster, 1986, «public servant».

Robert & Collins super senior: grand dictionnaire français-anglais, anglais-français, 2^e éd. Paris: Dictionnaires Le Robert; Glasgow: HarperCollins, 2000, «fonctionnaire».

Webster's Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass.: Meriam-Webster, 1986, «public servant».

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*Crowe v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2513; 2002 DCT 1463) dismissing an appeal by judges of a provincial court seeking to claim as income tax deductions their membership dues in a judges' association. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (*Crowe c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2513; 2002 DCT 1463) a rejeté un appel interjeté par des juges d'une cour provinciale ayant demandé à déduire de leur revenu pour fins d'impôt les cotisations versées à une association de juges. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Dr. Sheilah L. Martin, Q.C. for appellants.
William L. Softley and Brooke Sittler for respondent.

ONT COMPARU:

Sheilah L. Martin, c.r., pour les appelants.
William L. Softley et Brooke Sittler, pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Code Hunter LLP, Calgary, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Code Hunter LLP, Calgary, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Douglas L. Crowe and Kenneth A. Cush are judges of the Provincial Court of Alberta. They were also members of the Alberta Provincial Judges' Association during the years 1996 and 1997. They each claimed a deduction of \$1,500 from their income for each of the tax years 1996 and 1997 in respect of the annual dues that they had paid to maintain their membership in the Association.

A. INTRODUCTION

[1] Douglas L. Crowe et Kenneth A. Cush sont des juges de la Cour provinciale de l'Alberta. Ils ont également été membres de la Alberta Provincial Judges' Association en 1996 et 1997. Chacun d'eux a demandé une déduction de 1 500 \$ de son revenu, tant pour l'année d'imposition 1996 que 1997, correspondant à la cotisation annuelle versée pour demeurer membre de l'Association.

[2] The Minister of National Revenue disallowed the claims. The Tax Court of Canada dismissed their appeal in a decision reported as *Crowe v. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2513. The appellants now appeal to this Court. Since a single statement of facts has been agreed for both cases and the appeals were heard together, one set of

[2] Le ministre du Revenu national n'a pas admis la déduction. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté leur appel dans une décision publiée sous l'intitulé *Crowe c. Canada*, [2002] 2 C.T.C. 2513. Les appelants interjettent maintenant appel devant notre Cour. Puisqu'il y a un seul exposé convenu des faits pour les deux affaires et que les

reasons will be given and a copy placed in each file.

[3] Subparagraph 8(1)(i)(iv) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 permits a taxpayer to deduct dues paid “to maintain membership in an association of public servants the primary object of which is to promote the improvement of the members’ conditions of employment or work”. The issue to be decided in this appeal is whether provincial court judges are “public servants” for the purpose of this provision.

[4] Counsel for the Crown also argued that, even if judges are “public servants”, the appellants are still not entitled to the deduction because the “primary object” of the Association cannot be said to be “to promote the improvement of the members’ conditions of employment or work”. Because I conclude that judges are not public servants within the meaning of subparagraph 8(1)(i)(iv), it will not be necessary to decide this issue.

B. FACTUAL BACKGROUND

[5] While the lengthy agreed statement of facts need not be set out here, some background is appropriate. Although most judges of the Provincial Court belong to the Association, membership is not mandatory. The objects of the Association, as registered in Alberta’s corporate registry on March 2, 1994, are, among other things,

... to discuss, study and consider matters of common interest to or relating to the welfare of judges of the Provincial Court of Alberta and to recommend to the appropriate authorities the enactment and implementation of such measures and policies as will, in the opinion of the Association, enhance the membership thereof to the end that there will be [a] strong independent Provincial Court of Alberta better able to continually improve its role in the administration of justice within Alberta.

[6] The remuneration of Provincial Court judges has been a contentious matter since 1989 when the Government of Alberta decided to abandon the practice

appels ont été instruits conjointement, on prononcera un seul ensemble de motifs, une copie en étant versée dans chaque dossier.

[3] Le sous-alinéa 8(1)i)(iv) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 permet au contribuable de déduire les cotisations annuelles versées «pour demeurer membre d’une association de fonctionnaires dont le principal objet est de favoriser l’amélioration des conditions d’emploi ou de travail des membres». La question à trancher dans le cadre du présent appel est celle de savoir si les juges de cour provinciale sont des «fonctionnaires» aux fins de ces dispositions.

[4] Les avocats de la Couronne ont également soutenu que, dans l’éventualité même où les juges sont des «fonctionnaires», les appelants n’ont toujours pas droit à la déduction, puisqu’on ne saurait dire que l’Association a pour «principal objet» de «favoriser l’amélioration des conditions d’emploi ou de travail des membres». Puisque je conclus que les juges ne sont pas des fonctionnaires au sens du sous-alinéa 8(1)i)(iv), il ne sera pas nécessaire de trancher cette dernière question.

B. CONTEXTE

[5] Le long exposé convenu des faits n’a pas à être reproduit, mais il convient d’inscrire l’affaire dans son contexte. Bien que la plupart des juges de la Cour provinciale soient membres de l’Association, en être membre n’est pas obligatoire. L’Association a notamment pour objet, tel qu’il a été inscrit dans le registre des sociétés de l’Alberta le 2 mars 1994:

[TRADUCTION] [. . .] la discussion, l’étude et l’examen des questions d’intérêt commun pour les juges de la Cour provinciale de l’Alberta ou concernant leur bien-être, et la présentation de recommandations aux autorités compétentes pour qu’elles adoptent et mettent en œuvre les mesures et politiques qui, de l’avis de l’Association, favoriseront ses membres en assurant que la Cour provinciale de l’Alberta demeure forte et indépendante et soit en mesure de toujours améliorer le rôle qu’elle joue dans l’administration de la justice en Alberta.

[6] La rémunération des juges de la Cour provinciale est source de différends depuis 1989, alors que le gouvernement de l’Alberta a décidé d’abandonner la

that it had followed since the mid-1970s of fixing the salaries of Provincial Court judges as a percentage of the salary paid to federally appointed judges. In 1994, the salaries of Provincial Court judges were reduced by 5% by Order in Council as part of the Alberta Government's deficit reduction plan.

[7] The Association was granted status as an intervener in litigation brought by Provincial Court judges to challenge the constitutional validity of both the Order in Council and the absence of a provision for a cost-of-living increment to their salaries. The matter was ultimately determined by the Supreme Court of Canada, along with cases concerning the independence of the judges of other provincial courts: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Judges Reference*).

[8] As a result of that decision, a Judicial Compensation Commission was established in Alberta in 1998 for determining judicial compensation until April 30, 2000. The Association played a part in establishing an agreed framework for the Commission, and presented briefs and evidence to it on judicial salary levels and pensions. The Association obtained a declaration from the Alberta Court of Queen's Bench, which was upheld in the Court of Appeal, that an Order in Council giving judges a smaller salary increase than the Commission had recommended was unconstitutional.

[9] The Association took part in discussions with the Government on the establishment of a second Judicial Compensation Commission to deal with salaries from April 1, 2000 to March 31, 2003. Again, the Association made representations to the Commission on behalf of the judges.

[10] Since 1994, 90% of the time of the Executive Committee of the Association has been spent on issues

pratique suivie depuis le milieu des années 1970 et consistant à fixer le salaire des juges de la Cour provinciale en fonction d'un certain pourcentage du salaire des juges nommés par le gouvernement fédéral. Dans le cadre du plan de réduction du déficit du gouvernement de l'Alberta, on a réduit de 5 % par décret en 1994 le salaire des juges de la Cour provinciale.

[7] L'Association a été autorisée à intervenir dans le cadre de l'action intentée par les juges de la Cour provinciale pour contester la constitutionnalité du décret ainsi que la non-indexation de leur salaire en fonction du coût de la vie. L'affaire a été tranchée en bout de ligne par la Cour suprême du Canada, en même temps que les affaires concernant l'indépendance des juges d'autres cours provinciales (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R.c. Campbell*, *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*le Renvoi relatif aux juges*)).

[8] Par suite de cette décision, on a mis sur pied en 1998 en Alberta une commission d'examen de la rémunération des juges devant fixer cette rémunération jusqu'au 30 avril 2000. L'Association a contribué à l'élaboration d'un cadre concerté pour la commission, et a présenté à celle-ci des mémoires et des témoignages sur les niveaux de rémunération et les pensions des juges. L'Association a obtenu de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une déclaration, confirmée par la Cour d'appel, portant qu'était inconstitutionnel un décret accordant aux juges une augmentation de salaire inférieure à celle recommandée par la commission.

[9] L'Association a pris part à des discussions avec le gouvernement relatives à la mise sur pied d'une deuxième commission d'examen de la rémunération des juges, devant se pencher sur la rémunération du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2003. Cette fois encore, l'Association a présenté des observations au nom des juges à cette commission.

[10] Depuis 1994, le comité exécutif de l'Association a consacré 90 % de son temps à des questions concernant

relating to judicial compensation, judicial independence and litigation with the Government of Alberta. The Association incurred legal expenses of \$1,500,000 in connection with these activities.

C. THE TAX COURT'S DECISION

[11] The Tax Court Judge held that the Association was an "association" within the meaning of subparagraph 8(1)(i)(iv), although this is not a term defined by the *Income Tax Act*. He noted that the words "public servants" were also undefined, but concluded that they did not include members of the judiciary because of judges' constitutional status as independent office holders who are precluded by the Constitution from bargaining over the terms and conditions of work with the Government, the source of their compensation.

[12] The Judge also concluded that, if he was wrong on this point, the primary object of the Association during the relevant period had been the promotion of its members' conditions of employment or work. Accordingly, if they had been public servants, the appellants would have been able to deduct the dues paid to the Association.

D. THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

8. (1) In computing a taxpayer's income for a taxation year from an office or employment, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

...

(i) amounts paid by the taxpayer in the year as

...

(iv) annual dues to maintain membership in a trade union as defined

(A) by section 3 of the *Canada Labour Code*, or

la rémunération et l'indépendance des juges ainsi qu'aux litiges avec le gouvernement de l'Alberta. L'Association a engagé des frais juridiques de 1 500 000 \$ relativement à ces activités.

C. DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

[11] Le juge de la Cour de l'impôt a statué que l'Association était une «association» au sens du sous-alinéa 8(1)i(iv) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, bien que cette expression ne soit pas définie dans cette Loi. Il a signalé que l'expression «fonctionnaires» n'était pas non plus définie, mais a néanmoins conclu qu'elle ne visait pas les membres de la magistrature, ceux-ci étant en vertu de la Constitution des titulaires d'une charge indépendants qui ne peuvent négocier leurs conditions de travail avec le gouvernement, qui est la source de leur rémunération.

[12] Le juge a également conclu que, s'il faisait erreur sur ce point, l'Association avait bien pour principal objet de favoriser l'amélioration des conditions d'emploi ou de travail de ses membres. S'ils avaient été des fonctionnaires, par conséquent, les appelants auraient eu le droit de déduire les cotisations versées par eux à l'Association.

D. CADRE LÉGISLATIF

8. (1) Sont déductibles dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi ceux des éléments suivants qui se rapportent entièrement à cette source de revenus, ou la partie des éléments suivants qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant:

[...]

i) dans la mesure où il n'a pas été remboursé et n'a pas le droit d'être remboursé à cet égard, les sommes payées par le contribuable au cours de l'année au titre:

[...]

(iv) des cotisations annuelles requises pour demeurer membre d'une association de fonctionnaires dont le principal objet est de favoriser l'amélioration des conditions d'emploi ou de travail des membres, ou d'un syndicat au sens de:

(A) l'article 3 du *Code canadien du travail*,

(B) in any provincial statute providing for the investigation, conciliation or settlement of industrial disputes,

(B) toute loi provinciale prévoyant des enquêtes sur les conflits du travail, la conciliation ou le règlement de ceux-ci [Non souligné dans l'original.],

or to maintain membership in an association of public servants the primary object of which is to promote the improvement of the members' conditions of employment or work, (Emphases added.)

E. ANALYSIS

[13] As I have already indicated, the only question to be decided in this appeal is whether, as judges of the Provincial Court of Alberta, the appellants are “public servants” and the Association to which they have paid the membership dues that they are claiming to deduct is an “association of public servants”. This is an issue of statutory interpretation and, as such, the Tax Court Judge’s conclusion is reviewable on a standard of correctness.

[14] The appellants say that the Tax Court Judge erred in concluding that they could not be “public servants” because of the independent status of judges under the Constitution. Their counsel submitted that, in interpreting the disputed words, the Judge gave too little weight to their statutory context. Counsel argued that, for the purpose of subparagraph 8(1)(i)(iv), “public servants” should be construed broadly to mean any one paid from the public purse. Her argument was that judicial independence is not compromised by permitting the appellants, as taxpayers, to deduct dues paid to the Association, which has sought to enhance the terms and conditions of their work, including their independence and compensation.

[15] In contrast, the respondent says that the term “public servants” has a general meaning in both ordinary speech and the law and that, since it is not a specially defined term in the *Income Tax Act*, its general meaning is an important part of the background against which subparagraph 8(1)(i)(iv) should be interpreted. Indeed, counsel argued, the statutory context of the *Income Tax Act* supports the meaning borne by the words “public servants” in other contexts, namely, persons employed in

E. ANALYSE

[13] Comme je l’ai déjà mentionné, la seule question à trancher dans le cadre du présent appel est celle de savoir si, en tant que juges de la Cour provinciale de l’Alberta, les appelants sont ou non des «fonctionnaires» et si l’Association à laquelle ils ont versé les cotisations qu’ils demandent de déduire est ou non une «association de fonctionnaires». C’est là une question d’interprétation législative et, à ce titre, la norme de contrôle judiciaire applicable à la conclusion du juge de la Cour de l’impôt est celle du bien-fondé.

[14] Les appelants affirment que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant qu’ils ne pouvaient être des «fonctionnaires» en raison de l’indépendance des juges prescrite par la Constitution. Leur avocate a soutenu qu’en interprétant les mots litigieux, le juge n’a pas suffisamment pris en compte leur contexte législatif. Elle a prétendu qu’aux fins du sous-alinéa 8(1)(i)(iv), il fallait donner une interprétation libérale à l’expression «fonctionnaires», de manière à ce qu’elle s’entende de toute personne rémunérée par les fonds publics. Son argument c’était qu’on ne porte pas atteinte à l’indépendance judiciaire en permettant aux appelants, en tant que contribuables, de déduire les cotisations versées à l’Association, qui a visé à améliorer leurs conditions de travail, en ce qui concerne notamment leur indépendance et leur rémunération.

[15] Par contraste, l’intimée affirme que l’expression «fonctionnaires» a un sens général tant dans le langage courant qu’en droit et que, puisqu’aucune définition spécifique n’en est donnée dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ce sens général est un élément important du contexte dans lequel il y a lieu d’interpréter le sous-alinéa 8(1)(i)(iv). De fait, les avocats de l’intimée ont-ils soutenu, le contexte législatif de la *Loi de l’impôt sur le revenu* permet d’assigner au mot «fonctionnaires»

the public service who are subject to supervision and who work under a contract of employment which they negotiate with the Government. As independent office holders who are precluded by the Constitution from labour relations bargaining with the Government over their terms and conditions of work, judges are not public servants.

[16] Before embarking on any exercise of statutory interpretation a court should recall the sentence that the Supreme Court of Canada has often said best captures the approach followed by Canadian courts. It is found in Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

“public servants”: ordinary meaning

[17] If, instead of “public servants”, Parliament had used the words “civil servants”, judges would not have been included. Conversely, if Parliament had used the words “public servants or holders of public office” judges might well have been included. However, counsel for the appellants submits, the meaning of “public servants” is less clear-cut and could well include judges who are serving the public by administering justice.

[18] In my opinion, however, the balance of the evidence favours the conclusion that, as ordinarily understood, the term “public servants” does not include judges but approximates to “civil servants” or “government employees”, not independent office holders. It does not include members of the judicial branch of government which performs its work independently of the executive and legislative branches.

[19] For example, *The Canadian Oxford Dictionary* (Toronto: Oxford University Press, 2001) defines a “public servant” as a “government employee, esp. of a federal government”. The definition in *Merriam-*

le sens qu’il a dans d’autres contextes, soit celui de personnes faisant partie de la fonction publique et faisant l’objet d’une supervision et travaillant en vertu d’un contrat d’emploi qu’elles ont négocié avec le gouvernement. En tant que titulaires d’une charge indépendants ne pouvant négocier leurs conditions de travail avec le gouvernement en vertu de la Constitution, les juges ne seraient pas des fonctionnaires.

[16] Avant de procéder à un exercice d’interprétation législative, toute cour doit se rappeler la phrase dont la Cour suprême a souvent dit qu’elle décrit le mieux la méthode suivie en la matière par les tribunaux canadiens. On la trouve dans Driedger, *Construction of Statutes*, 2^o éd. (Toronto: Butterworths, 1983), à la page 87:

[TRADUCTION] Il n’existe de nos jours qu’un principe ou qu’une méthode, soit l’interprétation des mots d’une loi en tenant compte du contexte ainsi que de leur sens courant, d’une manière compatible avec l’économie et l’objet de la Loi ainsi que l’intention du législateur.

«Fonctionnaires»—sens courant

[17] Si le législateur avait utilisé l’expression «agents publics» («*civil servants*») plutôt que l’expression «fonctionnaires» («*public servants*»), les juges n’auraient pas été visés. Si, par contre, le législateur avait utilisé l’expression «fonctionnaires ou titulaires d’une charge publique», il se peut bien que les juges auraient été visés. L’avocate des appelants soutient toutefois que l’expression «fonctionnaires» a un sens moins clair, et pourrait bien viser les juges qui sont au service du public en administrant la justice.

[18] À mon avis, toutefois, la prépondérance de la preuve favorise la conclusion selon laquelle, en son sens courant, l’expression «fonctionnaires» ne vise pas les juges; son sens équivaut à «agents publics» ou «employés de l’État», mais non à «titulaires d’une charge publique indépendants». L’expression ne vise pas les membres du pouvoir judiciaire du gouvernement, qui exercent leurs fonctions indépendamment des pouvoirs exécutif et législatif.

[19] Dans *The Canadian Oxford Dictionary* (Toronto: Oxford University Press, 2001), par exemple, on définit un fonctionnaire comme étant un «*government employee, esp. of a federal government*» (un employé du

Webster's Collegiate Dictionary, 10th ed. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998) is very similar, namely, "government official or employee". The *ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language: An Encyclopedic Reference* (Toronto: ITP Nelson, 1997) defines "public servant" to mean "civil servant". A somewhat broader range of meanings is reported in *Webster's Third New International Dictionary of the English Language* (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986), including "a holder of public office" and "an individual . . . rendering public service".

[20] The French text of subparagraph 8(1)(i)(iv) uses the word "fonctionnaire", which is defined in *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996) as "personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique (spécialit. l'État)".

[21] Similarly, *Le Robert & Collins super senior: grand dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 2nd ed. (Paris: Dictionnaires Le Robert; Glasgow: HarperCollins, 2000) defines "fonctionnaire" as "state employee; (dans l'administration) [ministère] government official, civil servant; [municipalité] local government officer ou official". This dictionary also notes that, in France, "le service public" has a wider connotation than "civil service" and includes "teachers, social service staff, post office workers and employees of the French rail service." Despite the variety of the positions in this list, it notably does not include judge.

[22] I do not say that in ordinary speech the words "public servants" or "fonctionnaires" are limited to civil servants, although this may be their paradigm meaning. They are also used more generally to refer to people employed in the public service, more broadly

gouvernement, particulièrement d'un gouvernement fédéral). Dans le *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10^e éd. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998) la définition donnée est très semblable: «government official or employee» (représentant ou employé du gouvernement). Selon le *ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language: An Encyclopedic Reference* (Toronto: ITP Nelson, 1997), «public servant» (fonctionnaire) s'entend de «civil servant» (agent public). Le *Webster's Third New International Dictionary of the English Language* (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986) fait état d'une plus vaste gamme d'acceptions, parmi lesquelles, «a holder of public office» (le titulaire d'une charge publique) et «an individual [. . .] rendering public service» (une personne qui dispense un service public).

[20] Pour ce qui est de la version française du sous-alinéa 8(1)i(iv), *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996) définit un «fonctionnaire» comme une «personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique (spécialit. l'État)».

[21] De même, *Le Robert & Collins super senior: grand dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 2^e éd. (Paris: Dictionnaires Le Robert; Glasgow: HarperCollin, 2000) définit comme suit «fonctionnaire»: «state employee; (dans l'administration) [ministère] government official, civil servant; [municipalité] local government officer ou official». On souligne également dans ce dictionnaire qu'en France, «le service public» a un sens plus large que «civil service» et recouvre les «teachers, social service staff, post office workers and employees of the French rail service» (les enseignants, les employés des services sociaux et des postes ainsi que les employés de la Société nationale des chemins de fer français). Or, bien qu'un grand nombre de postes figurent dans cette liste on n'y trouve pas celui de juge.

[22] Je ne veux pas dire que dans le langage courant l'expression «fonctionnaires» ou «public servants» ne s'entend que des agents publics (*civil servants*), bien que ce puisse être là son sens paradigmatique. On l'utilise également pour désigner de manière plus générale les

understood. However, the dictionaries do not indicate that judges are included, although I suppose that if a person were asked to categorize judges as either public servants or private employees, a person might well say that they were public servants.

“public servants”: general statutory contexts

[23] Counsel for the respondent submitted that the general legal meaning of “public servant” may be indicated by its use in other statutes, which show that the term is closely connected to, even if not precisely synonymous with, “civil servant”. For example, the *Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71, replaced the *Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57. As a result, the Civil Service Commission became the Public Service Commission.

[24] The Public Service Commission’s power to appoint employees into the public service is analogous to the Civil Service Commission’s power to appoint employees into the civil service. Similarly, the Alberta *Public Service Act*, R.S.A. 2000, c. P-42, provides for the appointment of employees into the public service. In contrast, the federal government’s power to appoint judges is derived from sections 96 and 100 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, not the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33]. Similarly, the government of Alberta’s power to appoint judges is contained in the *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, not the province’s *Public Service Act*.

[25] Counsel for the respondent also pointed to the *Public Servants Inventions Act*, R.S.C., 1985, c. P-32, as further evidence that “public servants” normally means “civil servants”, and not judges. Thus, “public servant” is defined in section 2 to mean:

personnes travaillant au sein de la fonction publique, en son sens large. Les dictionnaires, toutefois, ne précisent pas que les juges sont visés par l’expression; si malgré cela on demandait à une personne quelconque de qualifier les juges soit de fonctionnaires, soit d’employés du secteur privé, j’imagine qu’elle choisirait la première catégorie.

«Fonctionnaires»—contextes législatifs généraux

[23] Les avocats de l’intimée ont fait valoir que le sens général de l’expression «*public servant*» (fonctionnaires) peut se dégager de son utilisation dans d’autres lois, qui révèle que l’expression est étroitement liée à l’expression «*civil servant*» (agent public), et qu’elle en est peut-être même un synonyme absolu. Ainsi, par exemple, la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71, a remplacé la *Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57. Par suite, la Commission du Service civil est devenue la Commission de la fonction publique.

[24] Le pouvoir de la Commission de la fonction publique de nommer des employés au sein de la fonction publique est analogue au pouvoir qu’avait la Commission du Service civil de nommer des employés au sein du «service civil». De manière semblable, la *Public Service Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. P-42, régit la nomination d’employés au sein de la fonction publique. Par contraste, le pouvoir de nomination de juges du gouvernement fédéral découle des articles 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] ainsi que de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, et non de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33]. Semblablement, le pouvoir du gouvernement de l’Alberta de nommer des juges est prévu dans la *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, ch. P-31, et non dans la *Public Service Act* de la province.

[25] Les avocats de l’intimée font également valoir la *Loi sur les inventions des fonctionnaires*, L.R.C. (1985), ch. P-32, comme preuve additionnelle du fait que l’expression «fonctionnaires» s’entend normalement des «agents publics», mais pas des juges. Ainsi, l’expression «fonctionnaire» est définie comme suit à l’article 2 de cette Loi:

2. . . .

. . . any person employed in a department, and includes a member of the Canadian Forces or the Royal Canadian Mounted Police.

[26] I agree with these submissions, although I would also observe that the introduction of subparagraph 8(1)(i)(iv) in 1951 [S.C. 1951, c. 51, s. 3] preceded the statutory changes in nomenclature from civil to public service, which suggests that Parliament intended to include more than those employed in government departments. It is difficult to say with any precision how far the category of “public servants” was intended to extend beyond the core civil service. Nonetheless, it is not a term that would have been taken to include judges.

[27] I also agree that the fact that both federal and provincial legislation extends to judges some of the benefits provided in public service statutes does not make judges civil or public servants: *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at page 708. Indeed, the express extension of these provisions to judges only serves to emphasize that, in the absence of such a provision, judges are not covered by public service legislation because they are not members of the public service as that term is normally used in statutes.

“public servants”: constitutional context

[28] Neither the Constitution nor, generally speaking, the jurisprudence interpreting it, expressly and specifically states that judges are, or are not, public servants. The closest is *R. v. Campbell* (1994), 160 A.R. 81 (Q.B.), one of the cases in which it was argued that the Alberta Government’s reduction of the salaries of Provincial Court judges and the absence of an appropriate mechanism for determining the judges’ compensation were incompatible with the constitutional principle of judicial independence. McDonald J. was of the view that judges are not public servants. He stated (at paragraph 71):

In Canada it is inaccurate to refer to a judge as a “public employee” because an employee or, to use legal terminology,

2. [. . .]

[. . .] Toute personne employée dans un ministère et tout membre du personnel des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada.

[26] Je suis d’accord avec ces prétentions, quoique je ferais remarquer que l’adoption du sous-alinéa 8(1)i(iv) en 1951 [S.C. 1951, ch. 51, art. 3] a précédé le remplacement dans les lois de l’expression «service civil» par l’expression «fonction publique», ce qui laisserait entendre que le législateur fédéral voulait viser davantage que les seules personnes travaillant pour des ministères. Il est difficile d’affirmer avec précision jusqu’où au-delà de la fonction publique de base la portée de la catégorie des «fonctionnaires» devait s’étendre. Quoi qu’il en soit, on ne devait pas avoir l’intention que l’expression vise les juges.

[27] Je conviens également que le fait que des lois tant fédérales que provinciales confèrent aux juges certains avantages prévus par les lois relatives à la fonction publique ne fait pas d’eux des fonctionnaires ou des agents publics (*Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la page 708). D’ailleurs, le fait qu’on élargisse expressément la portée de ces dispositions de manière à viser les juges ne sert qu’à démontrer que, faute de celles-ci, les juges ne sont pas visés par les lois sur la fonction publique puisqu’ils ne sont pas membres de celle-ci, en son sens habituel dans les lois.

«Fonctionnaires»—le contexte constitutionnel

[28] Ni la Constitution, ni généralement parlant la jurisprudence qui l’interprète, ne déclare expressément et spécifiquement que les juges sont ou ne sont pas des fonctionnaires. C’est dans *R. c. Campbell* (1994), 160 A.R. 81 (B.R.) qu’on s’en rapproche le plus, l’une des affaires où l’on a plaidé que la réduction par le gouvernement de l’Alberta des salaires des juges de la Cour provinciale et l’absence de mécanisme approprié permettant de fixer la rémunération de ces juges étaient incompatibles avec le principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Le juge McDonald était d’avis que les juges ne sont pas des fonctionnaires. Il a ainsi déclaré (au paragraphe 71):

[TRADUCTION] Au Canada, il est inexact de qualifier un juge d’«employé de l’État» parce qu’un employé, ou «préposé»

a “servant”, is subject to the control of his or her employer or “master” as to the manner in which he or she performs his or her duties. A judge is not subject to the control of the Crown (the executive government) or of the legislature as to the manner in which he or she performs his or her judicial functions: that is the essence of judicial independence.

[29] Another suggestive case is *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, in which a member of a provincial regulatory agency, the Public Utilities Board, claimed damages for breach of contract when his office disappeared on the statutory abolition of the agency. Wells had been appointed by Order in Council during good behaviour until the age of 70. Writing for the Court, Major J. said [at paragraph 30] that the employment relationship between the Crown and senior public employees was based on contract to which “the general law of contract will apply unless specifically superseded by explicit terms in the statute or agreement.” Major J. concluded that Wells’s employment relationship was governed by contract. He said (at paragraphs 31-32):

This is the case for most senior public officers. Exceptions are necessary for judges, ministers of the Crown and others who fulfil constitutionally defined state roles. The terms of their relationship with the state are dictated by the terms and conventions of the Constitution. . . .

The fundamental terms and conditions of these relationships cannot be modified by either party, even by agreement. For instance, a judge cannot negotiate his or her salary or other terms of employment. . . . These individuals still serve under specified terms. The mechanism for enforcement of those terms is not in contract, but through a declaration of the constitutional guarantees underlying their positions.

[30] Thus, Major J. found in the Constitution the basis of the distinction between the legal relationship to the state of judges and of other “senior public officials”, including a member of an administrative agency that enjoys a significant degree of decision-making and operational independence from the Executive. This suggests to me that judges are not readily included in the general category of “public servants”.

pour recourir à la terminologie juridique, est soumis au contrôle de son employeur ou «commettant» dans l’exécution de ses tâches. Un juge n’est pas soumis au contrôle de la Couronne (ou du pouvoir exécutif) dans l’exercice de ses fonctions judiciaires. C’est là l’essence de l’indépendance des juges.

[29] Une autre affaire évocatrice, c’est *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, dans laquelle un membre d’un organisme de réglementation provincial, la Public Utilities Board, réclamait des dommages-intérêts pour rupture de contrat du fait de la suppression de son poste par suite de l’abolition prescrite par la loi de l’organisme. Wells avait été nommé par décret à titre inamovible jusqu’à l’âge de 70 ans. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Major a déclaré [au paragraphe 30] que la relation d’emploi entre la Couronne et les hauts fonctionnaires est fondée sur un contrat, auquel «le droit général en matière de contrat s’applique, à moins que des termes explicites dans la loi ou l’entente ne le remplacent expressément». Le juge Major a conclu que la relation d’emploi de M. Wells était régie par un contrat. Il a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 31 et 32):

C’est le cas pour la plupart des hauts fonctionnaires. Des exceptions sont nécessaires pour les juges, les ministres de la Couronne et d’autres personnes qui remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement [. . .]

Ni l’une ni l’autre partie ne peut modifier les modalités fondamentales de ces relations, même par une entente. Par exemple, un juge ne peut pas négocier son traitement ni d’autres conditions d’emploi [. . .] Il n’en demeure pas moins que ces personnes exercent leurs fonctions aux termes de conditions particulières. Le mécanisme d’exécution de ces conditions ne figure pas dans un contrat, mais dans une déclaration des garanties constitutionnelles sous-jacentes à leur poste.

[30] Le juge Major a ainsi trouvé dans la Constitution le fondement de ce qui distingue la relation juridique entre l’État et les juges et celle entre l’État et les autres «hauts fonctionnaires», y compris un membre d’un organisme administratif qui a un degré élevé d’indépendance face à l’exécutif aux plans de la prise de décisions et des opérations. Cela me laisse croire qu’on ne pourrait facilement inclure les juges dans la catégorie générale des «fonctionnaires».

[31] This point is underscored by judicial statements to the effect that, even though judges are paid from the public purse, their constitutional status means that they are not civil servants: see, for example, *Judges Reference*, at paragraph 143. However, since the words in dispute in the present appeal are “public servants”, these cases only take the analysis so far. Nonetheless, these constitutional principles do form part of the interpretive context. In particular, they support the view that, in the wider legal system in which the *Income Tax Act* is located, judges are differentiated from public employees.

“public servants”: *Income Tax Act*

[32] As I have already indicated, the *Income Tax Act* does not define the words “public servants”. Counsel for the respondent pointed out that in paragraph 250(1)(c) Parliament used the words “officer or servant of Canada”, thus indicating that servants do not include officers. However, since “public servants” in subparagraph 8(1)(i)(iv) is a composite term, paragraph 250(1)(c) is of limited significance.

[33] Counsel for the appellants argued that the definitions in subsection 248(1) of other key terms in subsection 8(1) indicate not only that the Act does not preclude the possibility that a judge can be a public servant, but also that it contemplates it. Thus, since an “employee” includes an “officer”, and “office” includes “a judicial office”, judges are employees for the purpose of subsection 8(1). Moreover, the “employer” in respect of an officer is defined as the “person from whom the officer receives the officer’s remuneration” which, in the case of the appellants, is the Government of Alberta. “Employer” is not defined as the person who controls how the officer performs her or his work. Finally, subsection 248(1) introduces the notion of “service” by defining “employment” as “the position of an individual in the service of some other person (including Her Majesty . . .)”.

[31] On souligne ce point dans des décisions en déclarant que, même si les juges sont rémunérés par les fonds publics, il découle de leur statut constitutionnel qu’ils ne sont pas des fonctionnaires (se reporter, par exemple, au paragraphe 143 du *Renvoi relatif aux juges*). Toutefois, puisque l’expression «fonctionnaires» est en litige dans le cadre du présent appel, l’analyse fondée sur ces décisions ne peut être que d’application restreinte. Quoi qu’il en soit, les principes constitutionnels concernés sont véritablement un élément du contexte à prendre en compte pour les fins de l’interprétation. En particulier, ils peuvent étayer l’assertion selon laquelle, au sein du système juridique général dans lequel s’inscrit la *Loi de l’impôt sur le revenu*, les juges se différencient des employés de l’État.

«Fonctionnaires»—*Loi de l’impôt sur le revenu*

[32] Comme je l’ai déjà mentionné, l’expression «fonctionnaires» n’est pas définie dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Les avocats de l’intimée ont signalé qu’à l’alinéa 250(1)c, le législateur a utilisé l’expression «*officer or servant of Canada*» («un fonctionnaire ou un représentant du Canada»), ce qui voudrait dire que l’expression «*officers*» n’est pas comprise dans l’expression «*servants*». Toutefois, puisque l’expression «*public servants*» (fonctionnaires) au sous-alinéa 8(1)(i)(iv) est un mot composé, l’alinéa 250(1)c se révèle de peu d’importance.

[33] L’avocate des appelants a soutenu que les définitions données au paragraphe 248(1) d’autres expressions clés utilisées au paragraphe 8(1) révèlent non seulement que la Loi n’écarte pas la possibilité qu’un juge puisse être un fonctionnaire, mais même l’envisage. Ainsi, puisque l’expression «employé» comprend un «fonctionnaire» (*officer*) et que l’expression «charge» (*office*) comprend une «charge judiciaire», les juges sont des employés aux fins du paragraphe 8(1). Il est prévu en outre que, dans le cas du fonctionnaire, l’«employeur» s’entend de «la personne de qui celui-ci reçoit sa rémunération» soit, dans le cas des appelants, le gouvernement de l’Alberta. On ne définit pas l’«employeur» comme étant la personne qui contrôle l’exécution de son travail par le fonctionnaire. Finalement, le paragraphe 248(1) introduit le concept de «service», en définissant l’«emploi» comme «[l]e poste

[34] From these definitions and the structure of subsection 8(1), counsel argued that “public servants” must be either employees or officers and that, since “office” includes judicial office, public servants can include judges. Further, since judges are employees by virtue of these definitions they are in “employment” and “serve” Her Majesty. Counsel denied that her argument committed her to the syllogism that since public servants are employees or officers, terms that include judges, all employees or office holders, including judges, are therefore public servants. Rather, she made the more modest claim that, on the wording of the Act, a judge may be a public servant and that the extended definitions contained in subsection 248(1) shake the term “public servants” in subparagraph 8(1)(i)(iv) free from the grip of its general meaning as excluding judges.

[35] In my opinion, this argument does not significantly advance the appellants’ position. To say that judges “serve” the public by administering justice does not necessarily make them “public servants” for the purpose of the *Income Tax Act*. The definitional gap is not closed. Further, taxpayers claiming a deduction under any of the provisions of subsection 8(1) must establish that they meet the criteria of eligibility. To succeed in their claim under subparagraph 8(1)(i)(iv), the appellants must establish that, as judges, they are public servants. It does not seem very useful to say that the Act does not in terms preclude the possibility that judges may fall within the term, “public servants”. This still leaves us with the initial question: are judges included in this term?

[36] In my view, the answer to this question does not lie in shuffling the deck of statutory definitions. It is more productive to inquire into the purpose underlying subparagraph 8(1)(i)(iv). The deduction has existed in its

qu’occupe un particulier, au service d’une autre personne (y compris Sa Majesté [. . .])».

[34] Il découle de ces définitions et de la structure du paragraphe 8(1), l’avocate a-t-elle soutenu, que les «fonctionnaires» (*public servants*) au sens de ce paragraphe sont soit des employés ou des fonctionnaires (*officers*) et que, puisque l’expression «charge» (*office*) comprend une charge judiciaire, les juges peuvent être visés par l’expression «fonctionnaires». En outre, puisque les juges sont des employés par le jeu de ces définitions, ils sont à l’«emploi» et au «service» de Sa Majesté. L’avocate a nié que son argument reposait sur le syllogisme consistant à poser que, puisque les fonctionnaires (*public servants*) sont des employés ou fonctionnaires (*officers*), des expressions qui visent les juges, tous les employés ou titulaires d’une charge, y compris les juges, sont donc des fonctionnaires (*public servants*). Elle a plutôt prétendu plus modestement que, selon le libellé de la Loi, un juge pourrait être un fonctionnaire, et que les définitions à large portée du paragraphe 248(1) permettent de s’écarter du sens général, qui exclut les juges, de l’expression «fonctionnaires» au sous-alinéa 8(1)(i)(iv).

[35] Cet argument, selon moi, ne favorise guère la cause des appelants. Dire que les juges administrent la justice au «service» du public ne fait pas nécessairement d’eux des «fonctionnaires» (*public servants*) aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La lacune au plan des définitions n’est pas comblée. De plus, les contribuables qui demandent une déduction en vertu de l’une quelconque des dispositions du paragraphe 8(1) doivent démontrer qu’ils satisfont aux critères d’admissibilité. Pour se prévaloir avec succès d’une déduction en vertu du sous-alinéa 8(1)(i)(iv), les appelants doivent démontrer qu’ils sont, en tant que juges, des fonctionnaires. Il ne semble pas très utile que le libellé de la Loi n’écarte pas la possibilité que les juges puissent tomber sous le coup de l’expression «fonctionnaires». Cela laisse sans réponse la question initiale: les juges sont-ils visés par cette expression?

[36] À mon avis, on ne répondra pas à cette question par le biais d’un jeu de définitions dans la Loi. Il sera plus utile de se pencher sur l’objet du sous-alinéa 8(1)(i)(iv). La déduction existe en sa forme actuelle

present form since it was first introduced in 1951: *Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, subsection 11(10), as added by S.C. 1951, c. 51, subsection 3(3). However, counsel were unable to uncover any legislative history in the form of parliamentary debates, white papers or technical notes explaining the reason for its introduction and its intended scope.

[37] Counsel for the appellants submitted that, as taxpayers and workers, judges should, like others, be entitled to claim legitimate deductions from their income. The underlying rationale of the subparagraph is that taxpayers should not be taxed on that part of their income paid in membership dues to an association to support its activities undertaken to improve the terms and conditions of members' employment. Counsel argued that permitting judges the benefit of the deduction in subparagraph 8(1)(i)(iv) could not reasonably be said to impair their independence. Accordingly, there was no reason to interpret the term "public servants" narrowly. In exceptional circumstances, a court must resort to the residual presumption by interpreting the *Income Tax Act* in favour of the taxpayer: *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at pages 18-20.

[38] In my opinion, however, a purposive approach to the interpretation of the subparagraph does not favour the appellants. First, the broad rationale of subparagraph 8(1)(i)(iv) suggested by counsel for the appellants does not explain why the subparagraph limits eligible membership dues to those paid to "associations of public servants". If the purpose were as broad as counsel suggested, one would have expected subparagraph 8(1)(i)(iv) to have applied to membership dues paid to any association of employees, whether unionized or not, in both the public and the private sectors which existed to improve its members' terms and conditions of employment. Hence, an interpretation of "public servants" that goes beyond its general meaning cannot be justified by reference to the policy rationale of subparagraph 8(1)(i)(iv) advanced on behalf of the appellants.

depuis son adoption en 1951 (*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, paragraphe 11(10), en sa version mise à jour par S.C. 1951, ch. 51, paragraphe 3(3)). Les avocats n'ont toutefois été en mesure de découvrir aucun élément de l'historique du texte, que ce soit sous forme de débats parlementaires, de livres blancs ou de notes techniques, qui puisse éclairer sur les motifs de son adoption ou sur sa portée envisagée.

[37] L'avocate des appelants soutient qu'en tant que contribuables et travailleurs, les juges devraient avoir le droit comme tout le monde de se prévaloir de déductions légitimes de leur revenu. Le motif sous-tendant le sous-alinéa en cause, c'est qu'on ne devrait pas imposer les contribuables sur la partie de leur revenu versée pour acquitter les cotisations d'une association en vue de soutenir les activités qu'elle exerce pour améliorer les conditions d'emploi de ses membres. L'avocate a soutenu qu'on ne pourrait raisonnablement prétendre que permettre aux juges de se prévaloir de la déduction prévue au sous-alinéa 8(1)(i)(iv) peut nuire à leur indépendance. Il n'y a donc aucune raison d'interpréter restrictivement l'expression «fonctionnaires». Dans des circonstances exceptionnelles, un tribunal peut recourir à la présomption résiduelle et interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* en faveur du contribuable (*Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, aux pages 18 à 20).

[38] À mon avis, toutefois, une interprétation du sous-alinéa 8(1)(i)(iv) fondée sur l'objet n'est pas favorable aux appelants. Premièrement, l'objectif général de ce sous-alinéa, selon ce que prétend l'avocate des appelants, ne permet pas d'expliquer pourquoi celui-ci restreindrait les cotisations admissibles à celles versées à une «association de fonctionnaires». Si l'objet était aussi général que l'avocate l'a laissé entendre, on pourrait s'attendre à ce que le sous-alinéa 8(1)(i)(iv) s'applique aux cotisations versées à toute association d'employés, syndiqués ou non, tant des secteurs public que privé, visant à améliorer les conditions d'emploi de ses membres. Ainsi, une interprétation de l'expression «fonctionnaires» lui conférant une plus large portée que son sens général ne peut se justifier par l'objet stratégique du sous-alinéa 8(1)(i)(iv) invoqué pour le compte des appelants.

[39] Second, the appellants' interpretation of "public servants" ignores the labour relations context of the provision, which is principally concerned to permit the deduction of dues paid to a trade union as defined under either the general federal labour relations statute, or the applicable provincial legislation. It is reasonable to infer from this that, by "associations of public servants", Parliament had in mind associations that, although not certified under federal or provincial labour law as bargaining agents, did in fact negotiate collectively with the employer on behalf of their members for improvements to their working conditions.

[40] When what is now subparagraph 8(1)(i)(iv) was first added to the *Income Tax Act*, in 1951, most employees of the federal and all provincial governments, except Saskatchewan, were excluded from the collective bargaining regimes created by labour relations statutes. Collective bargaining took place, however, but it was neither regulated nor recognized by legislation. Thus, for instance, collective bargaining in the federal public service took place in the National Joint Council, a body consisting of representatives of federal government staff associations and senior government officials that had been created in 1944 to advise the Treasury Board on working conditions in the federal public service: see J. Finkelman and S. Goldenberg, *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada* (Montréal: Institute for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques, 1983), at pages 5-9.

[41] Even today, most jurisdictions in Canada exclude government employees from general labour relations statutes. For example, the definition of "trade union" in section 3 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, is as follows:

3. (1) . . .

"trade union" means any organization of employees, or any branch or local thereof, the purposes of which include the regulation of relations between employers and employees;

[39] Deuxièmement, l'interprétation par les appelants de l'expression «fonctionnaires» fait abstraction du contexte des relations de travail dans lequel s'inscrivent les dispositions, qui visent principalement à permettre de déduire les cotisations versées à un syndicat, selon la définition qu'en donne soit la loi fédérale générale sur les relations de travail, soit la loi provinciale applicable. Il est raisonnable d'en déduire qu'en recourant à l'expression «association de fonctionnaires», le législateur fédéral songeait à toute association qui, sans être un agent négociateur accrédité en vertu des lois du travail fédérales ou provinciales, négocie néanmoins collectivement avec l'employeur au nom de ses membres en vue d'améliorer leurs conditions de travail.

[40] Lorsque l'actuel sous-alinéa 8(1)(i)(iv) a été ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en 1951, la plupart des employés des gouvernements fédéral et provinciaux, sauf celui de la Saskatchewan, étaient exclus des régimes de négociation collective créés par les lois en matière de travail. Il y avait bel et bien des négociations collectives, toutefois, mais qui n'étaient ni régies ni reconnues par les lois. Ainsi, par exemple, les négociations collectives concernant la fonction publique fédérale se déroulaient sous les auspices du Conseil national mixte, un organisme constitué de représentants d'associations du personnel du gouvernement fédéral et de hauts fonctionnaires qui avait été créé en 1944 en vue de conseiller le Conseil du Trésor sur les conditions de travail au sein de la fonction publique fédérale (se reporter à J. Finkelman et S. Goldenberg, *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada* (Institute for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques: Montréal, 1993), aux pages 5 à 9.

[41] Même de nos jours, la plupart des administrations au Canada excluent les employés de l'État de l'application des lois du travail générales. Voici, à titre d'exemple, la définition donnée à l'expression «syndicat» au paragraphe 3(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2:

3. (1) [. . .]

«syndicat» Association—y compris toute subdivision ou section locale de celle-ci—regroupant des employés en vue notamment de la réglementation des relations entre employeurs et employés.

[42] While this is broad enough to cover associations of public servants, section 6 provides that Part I of the Code, which includes section 3, does not apply to employment by Her Majesty. Consequently, the words “employers” and “employees” in the definition of “trade union” in section 3 do not include employees of Her Majesty or Her Majesty. Therefore, “trade union” in subparagraph 8(1)(i)(iv) of the *Income Tax Act* does not include an organization of employees of the federal Crown. Their membership dues are therefore deductible as paid to an “association of public servants” that satisfies the criteria of subparagraph 8(1)(i)(iv).

[43] Similar, but not identical language was used in the original version of this provision: *Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, subparagraph 11(10)(d)(i), as added by S.C. 1951, c. 51, subsection 3(3). The federal labour legislation then in force, the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 152, paragraph 2(1)(r), contained a definition of “trade union” similar to that now in the Code. Section 55 excluded organizations of federal civil servants from the definition of “trade unions” by providing that, with certain exceptions, Part I did not apply to “Her Majesty in right of Canada or employees of Her Majesty in right of Canada”.

[44] Provincial labour relations legislation also typically excludes the public service: see, for example, the *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, paragraph 1(x) and subsection 4(2). Separate statutory regimes govern collective labour relations in the public service of both Canada and the provinces: see, for example, *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35; *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 2000, c. P-43.

[45] In contrast, judges are constitutionally prohibited from bargaining with the government that pays them the terms and conditions under which they work. This point was made in the passage from *Wells* quoted at paragraph 29 of these reasons, and in the *Judges Reference* case (at paragraphs 186-187):

[42] Bien que la portée en soit suffisamment large pour viser les associations de fonctionnaires, l'article 6 prévoit pour sa part que la partie I du Code, qui comprend l'article 3, ne s'applique pas aux employés au service de Sa Majesté. Par conséquent, les mots «employés» et «employeurs» dans la définition de «syndicat» à l'article 3 ne visent ni les employés de Sa Majesté ni Sa Majesté. Par conséquent, l'expression «syndicat» au sous-alinéa 8(1)(i)(iv) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne vise pas une association d'employés de la Couronne fédérale. Leurs cotisations sont donc déductibles parce qu'elles sont payées à une «association de fonctionnaires» qui satisfait aux critères prévus au sous-alinéa 8(1)(i)(iv).

[43] Un libellé semblable, mais non identique, était utilisé dans le texte d'origine de cette disposition (*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, sous-alinéa 11(10)d(i), en sa version mise à jour par L.C. 1951, ch. 51, paragraphe 3(3)). La loi fédérale en matière de travail alors en vigueur, la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, R.C.S. 1952, ch. 152, alinéa 2(1)(r), renfermait une définition de l'expression «syndicat» semblable à celle se trouvant actuellement dans le Code. L'article 55 excluait les organisations de fonctionnaires fédéraux de la définition de «syndicat» en prévoyant que, sous réserve d'exceptions, la Partie I «ne s'applique pas à Sa Majesté du chef du Canada, ni aux employés de Sa Majesté du chef du Canada».

[44] Les lois en matière de travail provinciales excluent aussi généralement les membres de la fonction publique (se reporter, par exemple, au *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, alinéa 1(x) et paragraphe 4(2)). Des régimes législatifs distincts régissent les relations de travail collectives au sein de la fonction publique tant fédérale que des provinces (se reporter, par exemple, à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 et à la *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. P-43).

[45] Par contraste, la Constitution interdit aux juges de négocier leurs conditions de travail avec le gouvernement qui les rémunère. Ce principe a été énoncé dans le passage de l'arrêt *Wells* cité au paragraphe 29 des présents motifs, ainsi que dans le *Renvoi relatif aux juges* (aux paragraphes 186 et 187):

. . . negotiations for remuneration from the public purse are indelibly political. For the judiciary to engage in salary negotiations would undermine public confidence in the impartiality and independence of the judiciary, and thereby frustrate a major purpose of s. 11(d) [of the Charter]. . . .

The appearance of independence would be lost, because salary negotiations bring with them a whole set of expectations about the behaviour of the parties to the negotiations which are inimical to judicial independence. The major expectation is of give and take. . . . the reasonable person might conclude that judges would alter the manner in which they adjudicate cases in order to curry favour with the executive the reasonable person might expect that judges would adjudicate in such a manner so as to exert pressure on the Crown.

[46] As a result of the constitutional ban on compensation negotiations between judges and their “employer”, the Court mandated the creation of judicial compensation commissions to make recommendations to the government. The Alberta Provincial Judges’ Association was active in the design of the first two Alberta commissions, made representations to them on behalf of its members and instituted litigation challenging the constitutionality of the government’s rejection of the first commission’s recommendations.

[47] In my view, however, these activities are so far removed from the familiar patterns of collective bargaining over pay and conditions between trades unions and employers that I cannot attribute to Parliament an intention to include judges’ associations in the words “association of public servants”. Indeed, in the *Judges Reference* case, (at paragraph 188) Lamer C. J. expressly distinguished the “horse-trading” that takes place between the parties in the course of labour relations bargaining from

. . . expressions of concern and representations by chief justices and chief judges of courts, or by representative organizations such as the Canadian Judicial Council, the Canadian Judges Conference, and the Association of Provincial Court Judges, on the adequacy of current levels of remuneration. Those representations merely provide information and cannot, as a

[. . .] la négociation des rémunérations payées sur les fonds publics a inmanquablement un caractère politique. Le fait pour la magistrature de participer à de telles négociations saperait la confiance du public dans l’impartialité et l’indépendance de la magistrature, et contrecarrerait par conséquent un objectif fondamental de l’alinéa 1d) [de la Charte] [. . .]

La perception d’indépendance serait anéantie, car les négociations sur les traitements font naître, relativement à l’attitude des parties à ces négociations, certaines attentes qui sont incompatibles avec l’indépendance de la magistrature. La principale attente est celle des concessions mutuelles par les parties [. . .] [L]a personne raisonnable pourrait conclure que les juges modifieront la façon dont ils tranchent les litiges afin de chercher à gagner la faveur de l’exécutif[. . .] [L]a personne raisonnable pourrait s’attendre à ce que les juges statuent sur les affaires dont ils sont saisis de manière à exercer des pressions sur l’État.

[46] Par suite de l’interdiction par la Constitution des négociations salariales entre les juges et leur «employeur», les tribunaux ont prescrit la création de commissions d’examen de la rémunération des juges devant formuler des recommandations à l’intention du gouvernement. La Alberta Provincial Judges’ Association a participé activement à la création des deux premières commissions albertaines, elle a présenté à celles-ci des observations au nom de ses membres et elle a intenté des actions pour contester la constitutionnalité du rejet par le gouvernement des recommandations de la première commission.

[47] Je suis d’avis que ces activités sont si éloignées des schémas habituels de la négociation collective concernant la rémunération et les conditions de travail entre les syndicats et les employeurs, toutefois, que je ne puis attribuer au législateur fédéral l’intention de viser les associations de juges en recourant à l’expression «association de fonctionnaires». De fait, dans le *Renvoi relatif aux juges* (au paragraphe 188), le juge en chef Lamer a expressément distingué le «marchandage» qui a lieu entre les parties qui négocient en contexte de relations du travail et le

[. . .] fait pour les juges en chef des tribunaux ou pour des organisations représentatives telles que le Conseil canadien de la magistrature, la Conférence canadienne des juges et l’Association canadienne des juges de cours provinciales de faire part de leurs préoccupations sur le caractère adéquat des rémunérations versées ou de présenter des observations à cet

result, be said to pose a danger to judicial independence.

[48] I do not think that the advent of judicial compensation commissions has significantly eroded this distinction. Given the labour relations context of subparagraph 8(1)(i)(iv), it would be incongruous to find in the same category, namely, “public servants”, two fundamentally different groups of workers: those who may bargain over terms and conditions of employment or work and those who are constitutionally precluded from such activities.

F. CONCLUSIONS

[49] For these reasons, I am satisfied that the Tax Court Judge was correct to interpret the words “association of public servants the primary object of which is to promote the improvement in the members’ conditions of employment or work” as inapplicable to the Alberta Provincial Judges’ Association since judges are not “public servants” for this purpose.

[50] The term “public servants” has a general meaning in both ordinary speech and the law which does not include judges and which fits comfortably with the purpose and context of the provision of the *Income Tax Act* under consideration here. Accordingly, the appellants were not entitled to deduct from their income in the tax years 1996 and 1997 their membership dues in the Association under subparagraph 8(1)(i)(iv).

[51] I would dismiss the appeals with costs.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

égard. Comme de telles observations ne servent qu’à fournir de l’information, il n’est donc pas possible d’affirmer qu’elles créent un danger pour l’indépendance de la magistrature.

[48] Je ne crois pas que la création de commissions d’examen de la rémunération des juges a porté atteinte de manière importante à cette distinction. Étant donné le contexte de relations du travail qui entoure le sous-alinéa 8(1)(i)(iv), il serait incongru que la même catégorie, soit les «fonctionnaires», réunisse deux groupes de travailleurs fondamentalement distincts: ceux qui peuvent négocier leurs conditions d’emploi ou de travail et ceux qui en sont empêchés par la Constitution.

F. CONCLUSIONS

[49] Je suis convaincu, pour ces motifs, que le juge de la Cour de l’impôt a interprété à juste titre l’expression «association de fonctionnaires dont le principal objet est de favoriser l’amélioration des conditions d’emploi ou de travail des membres» comme n’étant pas applicable à la Alberta Provincial Judges’ Association, puisque les juges ne sont pas des fonctionnaires à cette fin.

[50] L’expression «fonctionnaires» a tant en langage courant qu’en droit un sens général qui ne vise pas les juges, et qui cadre bien avec l’objet et le contexte des dispositions sous examen de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Par conséquent, les appelants n’avaient pas le droit de déduire de leur revenu pour les années d’imposition 1996 et 1997, en vertu du sous-alinéa 8(1)(i)(iv), les cotisations qu’ils ont versées à l’association.

[51] Je rejeterais les appels avec dépens.

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

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

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 accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of Transport Canada (TC) decision to disclose certain documents regarding disposal of non-railway assets following application under Access to Information Act—Issue whether certain personal information should be disclosed if any interested party can locate it in sources to which public has access—Plaintiff CN each year prepares list of non-railway assets sold during preceding year, submits it to TC, under agreement made at time plaintiff privatized—TC received application for disclosure of list for 1996 and 1997—TC denied application when plaintiff intervened—Complaint filed with Information Commissioner—TC subsequently said prepared to disclose content of list for years in question, arguing plaintiff's employee had previously agreed to disclosure of information and information sought available to public as listed in registry offices of various provinces—Application of exemptions set out in Act, ss. 19, 20(1)(b), (c), (d)—Documents in question contained following information: name of purchaser, selling price, municipality, approximate area, date of sale, expenses associated with sale and net income from sale—Parties agreed expenses associated with sale and net income from sale should not be disclosed—Act, s. 19(1) prohibiting disclosure of personal information, subject to s. 19(2), which authorizes it when public has access to information—Similarly, s. 20(1)(b) exempting disclosure of documents containing confidential financial information, but courts have held information not confidential if public has access to it—Information in question allegedly listed in registry offices in some provinces—In certain provinces, fictitious selling prices used for registry purposes—Exact selling price appeared in registry offices in 166 of 183 transactions—CN asked whether Act only requiring sources containing information in question be publicly available or whether necessary for public to actually be able to gain access to information—In view of purpose of Act stated in s. 2, ambiguity in meaning resolved in favour of disclosure: *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430 (C.A.)—CN further submitted Act, s. 20(1)(c), (d) prohibiting disclosure—Provisions apply when disclosure of certain

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

information would cause loss to third parties or interfere with contractual negotiations of third parties—CN alleged eventual sales would be harmed if earlier prices disclosed—Price of last sale not conclusive as to price of future sale—CN alleged possibility of suits against CN by certain purchasers disappointed with their prices—Commercial transactions between persons acting at arm's length: if some able to obtain greater benefit in negotiations, gains have nothing to do with anyone else—CN alleged disclosure would impede negotiations for sale of other properties—Gross prices paid in other transactions not conclusive—In 166 of 183 transactions all information, including price, disclosed—In 17 transactions where prices fictitious, selling prices deleted from disclosure—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 3, 19, 20(1), 28, 44(1).

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (T-2027-00, 2002 FCT 974,
Pelletier J., order dated 13/9/02, 13 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Judicial review of decision of Appeal Division of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) determining applicant to be removed from Canada by overturning order of suspension of removal—Up to Appeal Division to determine whether applicant has established, having regard to all circumstances of case, should not be removed from Canada—Finding question of mixed fact and law—Circumstances to be considered set out by Immigration Appeal Board and adopted by S.C.C. in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84. Open to Appeal Division to consider fact applicant owns home in Syria but not in Canada, does not own car in Canada, and not in serious romantic relationship, in order to determine extent of establishment in Canada—In determining status of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

permanent resident, Appeal Division takes into consideration all circumstances of case, and factors considered in case at bar relevant to determination—Application for judicial review dismissed.

AKKAWI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-741-02, 2003 FCT 21, Pinar J., order dated 21/1/03, 4 pp.)

Judicial review of decision by delegate of Minister of Citizenship and Immigration determining applicant constituted danger to public pursuant to Immigration Act, ss. 46.01(1)(e), 70(5)—Between October, November 1998 applicant convicted of robbery; sentenced to six months in addition to three months served pre-trial; convicted of obstruction of justice for which received six months consecutive conditional sentence; and possession of property obtained by crime, for which sentenced to three months to be served concurrently—Ordered deported in 2001—Before appeal heard, Minister's delegate determining applicant danger to Canadian public, thus precluding appeal—(1) Whether new affidavit evidence of applicant inadmissible as new evidence not before Minister's delegate—Despite twice having been given opportunity to make submissions prior to issuance of public danger opinion, applicant had failed to provide information to Minister—In *Chedid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), Court stated parole board decision crucial document that should have been before Minister regardless of whether applicant made submissions in this respect—*Chedid* distinguished because Minister's representative therein aware decision of parole board not before her—Decision-maker herein unaware of parole board decision concerning applicant—Accordingly, new evidence cannot be considered on present judicial review application—(2) Whether principles of natural justice oblige Minister to provide reasons in issuing danger opinion—Minister's delegate adopted Ministerial Opinion Report and Request for Ministerial Opinion as reasons for danger opinion directed against applicant—(3) Whether reasons so provided reasonable—In *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 37 Imm. L.R. (2d) 9 (F.C.T.D.), Court considered notion of "danger to the public" and concluded fact of conviction alone not sufficient basis for danger opinion—"Danger to the public" means present or future danger—Thus, circumstances of each case must provide evidence of person concerned being present or future danger to other persons in Canada—Evidence before Minister's delegate not disclosing clearly expressed reference applicant presenting current and future danger to public in Canada—Nature or seriousness of past offences does not constitute danger to public for purposes of s. 70(5)—Minister's delegate's opinion unreasonable—Application for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

judicial review allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 70(5).

DOKMAJIAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1420-02, 2003 FCT 85, MacKay J., order dated 28/1/03, 14 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision of Minister of Citizenship and Immigration delegate determining applicant constituting danger to public in Canada pursuant to Immigration Act, s. 53(1)—Applicant born in Vietnam and found to be stateless person by Canadian government—In 1993 applicant declared Convention refugee, came to Canada—Received permanent residence in 1995—In 2000, applicant convicted of trafficking in cocaine and received sentence of imprisonment of three and one half years—Applicant argues respondent erred by failing to provide reasons for decision—As matter of law, reasons must be provided—Respondent adopted ministerial report as reasons—Therefore, question whether reasons contained in ministerial reports or independent reasons contained in Minister's decision—If no reasons in either source, Minister's decision made in error of law—Definition of reasons, considered in present context, requiring totality of evidence with respect to applicant be employed in analytical argument justifying danger decision reached—Cryptic contentious statements in ministerial reports cannot so qualify—In addition, Minister's decision completely devoid of reasons—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).

TRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2333-02, 2003 FCT 215, Campbell J., order dated 21/2/03, 6 pp.)

Appeal of judicial review ([2002] 4 F.C. 144 (T.D.)) of evidentiary ruling made by adjudicator—Whether Minister would have to lead evidence establishing one element of allegations against respondent i.e. whether respondent committed war crime or crime against humanity—Minister asked for ruling that issue in question had been decided by decision of Convention Refugee Determination Division which excluded respondent from claiming refugee status because serious reasons to consider respondent had committed international crime—Adjudicator put Minister to proof of all elements of allegations—Decision by adjudicator on point of law dealing with evidence to be called cannot become jurisdictional question when adjudicator vested with sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including question of jurisdiction, arising in course of proceedings: Immigration Act, s. 80.1—Appeal

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 80.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. VARELA (A-141-02, 2003 FCA 42, Pelletier J.A., order dated 27/1/03, 3 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Motion for interim injunction restraining Minister of Citizenship and Immigration from continuing admissibility proceedings against one of named applicants until disposition of citizenship issue—Applicant seeking to prevent Immigration Division from doing what it is directed to do by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 45—Court not having jurisdiction to issue order requested—No application for judicial review filed with Court—IRPA, s. 72(1) and Federal Court Act (FCA), s. 18(1) require such relief to be within application for judicial review—FCA, s. 18.2 stay only available if judicial review application has been filed—Applicant's motion dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 45, 72(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.2 (as enacted *idem*, s. 5).

MARSHALL v. CANADA (T-1519-02, 2002 FCT 1099, O'Keefe J., order dated 23/10/02, 4 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Judicial review of Citizenship Judge's refusal of application for citizenship—Citizenship Act, s. 5(1) sets out criteria for granting of Canadian citizenship—S. 14(5) provides for appeal from decision of Citizenship Judge to Federal Court, Trial Division—Whether application should be dismissed on grounds proceeding improperly constituted—Proceeding inadvertently brought by way of application for judicial review instead of appeal—Federal Court Rules, 1998, r. 57, prohibiting setting aside of originating document on ground different originating document should have been used, applies—In *Shun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211 (F.C.A.), Court held proper recourse appeal, rather than judicial review—S. 14(5) provides comprehensive right of appeal, preventing decision of Citizenship Judge from review under Federal Court Act, s. 18.1—Applicant's motion should be converted to appeal pursuant to r. 57—Evidence suggests use of wrong originating document unintentional error on part of applicant's counsel—Applicant should not suffer for mistake of counsel—Citizenship Judge not erring in fact and in law by not stating which test applied and by not applying to facts

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) test—Although not explicitly referring to *Papadogiorgakis* test, Citizenship Judge did conclude applicant had not centralized mode of existence in Canada—Demonstrates applied centralized mode of existence test set out in *Papadogiorgakis—In Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.), Reed J. listed six factors pointing to sufficient attachment to Canada so as to allow for granting of citizenship, even if required minimum number of days not met—Formal indicia of connection to Canada, such as driver's licence, bank accounts, membership cards, not sufficient to establish centralized mode of existence in Canada—Rather, quality of connection to Canada must indicate applicant regularly, normally and customarily resides in Canada—On facts, applicant has substantial number of formal indicia of connection in Canada: applicant and wife own home in North York, Ontario; immediate family resides in home; applicant employed by Canadian corporation; applicant granted returning resident permits; applicant has Ontario health card and driver's licence, social insurance number, Canadian bank account and credit card, and files income tax and benefit returns—But applying *Papadogiorgakis* test, not clear applicant has centralized mode of living in Canada—Absent for significant amount of time in three years preceding application—Applicant spent some holidays outside of Canada, which does not suggest returns to Canada frequently when opportunity to do so arises—No evidence applicant centralized mode of existence in Canada—Consequently, Citizenship Judge did not err in concluding applicant had not centralized mode of existence in Canada and in denying citizenship application—Application for judicial review converted into appeal of decision of Citizenship Judge and appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 57—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1), 14(5).

CHU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1350-01, 2003 FCT 174, Snider J., order dated 17/2/03, 14 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicant not Convention refugee—Whether conclusion patently unreasonable—Board relied extensively on documentary evidence before it in reaching conclusion internal flight alternative (IFA) available to applicant in Pakistan—Record deficient since not containing material upon which Board relied and considered of sufficient importance to mention in reasons—Such documentary material, not contained in record submitted to Court, critical evidence, as prompted Board to assign no weight to first

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

information report (police report about applicant) which may have been effective throughout all of Pakistan—Finding allowed Board to conclude IFA viable—When such important evidence missing from tribunal record, Court impeded from evaluating context and content of documentary evidence relied upon by Board—Furthermore, several other documentary sources relied upon and footnoted by Board in reasons missing from certified tribunal record—Deficiencies in record give rise to apprehension Board rendered conclusion in absence of evidence supporting it—Absence of evidence casts doubt upon conclusion reached by Board—Board's conclusion not justified by evidence submitted, by respondent, to Court—Application for judicial review allowed.

AHMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4571-01, 2003 FCT 180, Heneghan J., order dated 17/2/03, 10 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board (IRB) decision holding plaintiff not Convention refugee—Plaintiff, citizen of Malaysia, claimed refugee status, alleging valid fear of persecution on account of ethnic origin and religion—Plaintiff minor when submitted Personal Information Form, but no longer minor when case came before members of tribunal—Principal points at issue whether IRB complied with Immigration Act and rules of natural justice with regard to assigning of representative to plaintiff (s. 69(4) providing Division to designate person to represent claimant when latter under 18 years of age), and whether IRB made error in concluding plaintiff's claim lacked credible basis—Plaintiff alleged absence of representation caused him prejudice—Clear from hearing minutes IRB gave plaintiff opportunity to correct absence of representation—Accordingly absence of representation not prejudicial, since when time came to correct potential detriment neither he nor his counsel saw fit to do so—Additionally, Refugee Division, rule 11 requiring plaintiff's counsel to notify Division of client's minority, which he did not do—Well settled tribunal does not have to give separate reasons for conclusion credible basis lacking—Sufficient if general reasons support this conclusion, as Court confirmed in *Gomez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 600 (T.D.) (QL)—Accordingly, IRB made no error on this point that would justify Court's intervention—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 82.1(1) (as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73) Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, r. 11.

PARIANNAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5760-01, 2002 FCT 1095, Blais J., judgment dated 22/10/02, 13 pp.)

Judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision claimants not Convention

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

refugees—Claimants stateless Palestinians from Nablus, in Israeli-occupied West Bank—Arrived in Canada on April 11, 2001, argued existence of well-founded fear of persecution at hands of Israeli army—CRDD found insufficient credible evidence to establish well-founded fear of persecution, only mere possibility claimants would suffer persecution if returned to West Bank—Whether CRDD erred in failing to consider or make any reference to United Nations Relief and Works Agency (UNRWA)—Relevance of UNRWA registration card to refugee determination considered in *El-Bahisi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 72 F.T.R. 117 (F.C.T.D.)—Failure to specifically consider existence of UNRWA document recognizing applicant as refugee constituted reviewable error—Fact claimants qualified for refugee protection under UN program highly relevant to determination of refugee status—In present case, no delay specified on certificate, CRDD did not make any reference to applicants' UNRWA registration documents and no evidence regarding UNRWA status had been considered—Omission constituting reviewable error—Applicants argued CRDD erred in law in making negative credibility findings concerning failure of both claimants to reveal to visa officer in Tel Aviv claimants intended to claim refugee status in Canada—In *Fajardo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 392, Federal Court of Appeal held failure to reveal intention to claim refugee status when applying for a visa should not form basis for adverse credibility finding—In present case, CRDD clearly stated concerns about subjective fear of both male and female claimants as result of claimants' failure to reveal to visa officer intention to claim refugee status in Canada—Omissions during visa application process figure prominently in decision concerning subjective fear—CRDD decision set aside and matter referred back to CRDD for redetermination by differently constituted panel—Application allowed.

KUKHON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1044-02, 2003 FCT 69, Beaudry J., order dated 23/1/03, 9 pp.)

Judicial review of decision of Refugee Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicant not Convention refugee as defined by Immigration Act, s. 2(1)—Board doubting credibility, finding internal flight alternative—Applicant relying on *Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 124 N.R. 388 (F.C.A.) to argue Board failed to observe principle of natural justice or procedural fairness when reached decision without benefit of full transcript of hearing—*Kandiah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 141 N.R. 232 (F.C.A.) contradicted *Tung*—Supreme Court of Canada addressed conflict in *Canadian Union of Public Employees*,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

Local 301 v. Montreal (City), [1997] 1 S.C.R. 793: in absence of statutory right to recording, courts must determine whether record allows it to properly dispose of application for appeal or review—Neither Act nor Convention Refugee Determination Division Rules, 1993, require recording of refugee hearing—Therefore Court must determine whether record allows it to properly dispose of application for appeal or review—On evidence before it, reasonably open to Board to find applicant had not satisfied onus of demonstrating well-founded fear of persecution throughout India or that unreasonable for applicant to seek haven in safe parts of country—Conclusion alone sufficient to dismiss application for judicial review—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) “Convention refugee” (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45.

SHERGILL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1907-02, 2003 FCT 24, Pinard J., order dated 21/1/03, 5 pp.)

CIVIL CODE

Motion by judgment creditor, Her Majesty the Queen, for purposes of obtaining garnishee order absolute against garnishee, Benoît Proulx—Apparently not disputed that judgment creditor justified in wishing to garnishee fees owed by garnishee to judgment debtor—Difficulty lying in amount judgment creditor may claim from garnishee—Judgment creditor arguing that entitled to garnishee 30% of sums received by garnishee from Attorney General of Quebec, pursuant to fees agreement executed on August 6, 1997, between garnishee and his solicitor (30% agreement)—Civil Code of Québec (CCQ), art. 2863 providing that parties to juridical act set forth in writing may not contradict or vary terms of writing by testimony unless there is commencement of proof—Here, once garnishee received some money in context of litigation between him and Attorney General of Quebec, he had obligation to give percentage of that money to Lawrence Corriveau—Court does not share opinion of garnishee’s counsel that to implement 30% agreement would tend to give legal profession the character of market-driven, profit-oriented undertaking since fees equivalent to 30% of sum received by garnishee would be disproportionate to services rendered—Nothing conclusive was put in evidence in this regard—Judgment creditor entitled to garnishee 30% of sum that garnishee received from Attorney General of Quebec, since most recent of written fees agreements executed by garnishee and late Lawrence Corriveau, on its face, one providing for the 30% fees—Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2863.

CORRIVEAU (ESTATE) V. PROULX (ITA-691-02, 2003 FCT 122, Morneau P., order dated 4/2/03, 8 p.)

CROWN**PREROGATIVES**

Appeal from Trial Division’s dismissal ((2001), 215 F.T.R. 293) of appeal from Prothonotary’s dismissal of motion to strike respondent’s action for *mandamus* requiring Honours and Awards Directorate (HAD) to submit to Canadian Bravery Decorations Committee nomination made by respondent—Respondent nominating father for decoration based on rescue of American sailors in 1943—Nomination form stating only incidents occurring less than two years prior to date of submission considered—Canadian Decorations Advisory Committee (Committee) considered respondent’s objections to two-year limitation, decided to continue practice—Rejected nomination as prescribed—Whether such decision, policy amounted to exercise of royal prerogative and therefore beyond judicial review—Question normally considered non-justiciable if no objective legal criteria to apply or no facts to be determined to decide question, functions normally within judicial role—Also non-justiciable if some other branch of government conspicuously more appropriate, in our constitutional system, to decide matter—Arguable Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996 constitute set of rules, providing criteria for Court to determine if prescribed procedure followed—Creating legitimate expectation prescribed procedure to screen nominations will be followed—Principles enunciated in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.) applied—That regulations promulgated under royal prerogative not rendering questions of compliance with prescribed procedure plainly beyond judicial review—Letters patent source of Committee’s authority—Declare decorations governed by Regulations—Only criteria in terms of qualifying acts of bravery set out in Regulations, ss. 3, 4 and 5—Time limit within which to make nomination conspicuously absent—Respondent entitled to nominate father for bravery decoration under s. 10—Not plain and obvious Committee’s obligation to consider nomination within royal prerogative—Committee not engaged in making final decision as to recipient of bravery award: that is role of Governor General, typical royal prerogative—Relevant exercise of royal prerogative occurred when letters patent issued in 1997—Allowing judicial review of committee’s refusal to consider nomination arguably recognition person capable of nominating someone for award has certain procedural rights to consideration of nomination in accordance with duly adopted regulations—Even if Committee’s ultimate opinion given to Governor General and Governor General’s ultimate choices not judicially reviewable; should not preclude Court from reviewing procedure and criteria followed by Committee to see if complied with Regulations—Prothonotary, Motions Judge correct in conclusions in not striking out claim—Appeal dismissed—Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996, P.C. 1997-123, C. Gaz. 1997.I.2091, ss. 3, 4, 5, 10.

CHIASSON V. CANADA (A-216-02, 2003 FCA 155, Strayer J.A., order dated 24/3/03, 12 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review—Board of Referees not persuaded by respondent possible to combine work schedule with study schedule—Board also concluded, on basis of evidence, that claimant had not demonstrated genuine desire, past and future, to work while continuing studies—Umpire had no reason to intervene, as findings of fact by Board of Referees neither erroneous nor made in perverse or capricious manner—Umpire misdirected himself in law concerning impact of request by respondent to award her benefits for only three months—Benefit period, whether one defined by the Act or more limited one desired by claimant, irrelevant in determining and gauging availability of claimant, which must exist for any working day under Act, s. 18(a)—Relevant factor for purposes of determining availability was period of respondent's courses and studies, which Board of Referees rightly considered—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 18(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BOURGAULT (A-43-01, 2003 FCA 44, Létourneau J.A., order dated 29/1/03, 3 pp.)

Judicial review of Umpire's decision upholding decision of Board of Referees' decision deeming respondent had minimum hours of insurable employment thus qualifying her to receive employment benefits—Commission refusing claim on basis of insufficient hours—Application allowed—Question arising in course of claim regarding claimant's number of hours of insurable employment must be determined by authorized officer of Canada Customs and Revenue Agency: Employment Insurance Act, ss. 90(1)(d), 122—As Board, Umpire not having jurisdiction to determine question, exceeding jurisdiction—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 90(1)(d) (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 135), 122 (as am. *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DIDIODATA (A-354-01, 2002 FCA 345, Evans J.A., judgment dated 24/9/02, 3 pp.)

Judicial review to quash decision of Tax Court of Canada (T.C.C.) Judge and rule employment held by plaintiff insurable—Periods at issue covered by Unemployment Insurance Act (the Act) and new Employment Insurance Act (the Act)—Whether T.C.C. judge failed to give reasons for his decision as required by Act (relevant provisions same in both Acts)—Conclusion plaintiff employee of Les Entreprises Hervey Bouchard Inc. not supported by reasons whereas point disputed by plaintiff, documentary and oral evidence contradictory and gave rise to differing interpretations by parties—Court neither considering nor ruling on duty to provide reasons imposed by Act in matters of employment insurability—Did not refer to Act's peremptory provisions and this Court's consistent line of authority on point—For these reasons, application for judicial review allowed—Unemploy-

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

ment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1— Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

BOUCHARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-425-01, 2003 FCA 27, Létourneau J.A., judgment dated 21/1/03, 7 pp.)

Respondents in both applications for judicial review employees of Cavendish Farms in Prince Edward Island (P.E.I.)—Work 42 hours per week over eight-week cycle on average—Due to shut-down, respondents missed three 12-hour shifts—Claim for employment insurance benefits denied on basis Employment Insurance Act, s. 11(4) deemed they had worked full week, but Board of Referees, Umpire holding s. 11(4) not applicable—Crown now seeks judicial review of Umpire's decisions—S. 11(4) applies only if respondents regularly work greater number of hours, days or shifts than normally worked in week by persons employed in full-time employment—Board accepting standard work week in P.E.I. 48 hours pursuant to Employment Standards Act, s. 15—Umpire held strong and cogent evidence before Board supporting factual conclusion as to number of hours in normal work week—Could not conclude Board erred in law in finding s. 11(4) not applicable—Court agreed with Umpire—Board could not have concluded respondents worked more hours in each week than persons employed in full-time employment because no evidence normal number of hours worked by person in full-time employment 40 hours—Applications for judicial review dismissed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 11(4)—Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BUCHANAN (A-70-02, A-68-02, 2003 FCA 51, Sharlow J.A., judgment dated 30/1/03, 5 pp.)

EVIDENCE

Appeal from order of Trial Division ([2001] F.C.J. No. 1950 (QL)) dismissing appellant's motions for orders directing respondent to answer certain questions—Dispute resulted from seizure by Canada on March 9, 1995, of a Spanish fishing trawler *Estai* in international waters some 240 miles east of Canada—Appellant stated respondent engaged in vote buying to obtain unfair proportion of total allowable catch of Greenland Halibut—Question objected to by respondent concerned allegation of vote buying—Respondent claimed disclosure of documents and information elicited by question would injure Canada's international relations and national defence and security within meaning of Canada Evidence Act, s. 38(1)—Judge hearing application for disclosure must be satisfied public interest in disclosure sufficiently compelling to require information's examination—To secure benefit of Act, ss. 37 and 38, party must show probability that feared injury will result from disclosure—Record contained nothing

EVIDENCE—Concluded

showing disclosure would injure Canada's international relations—Appellant seeking to obtain information not relevant or crucial in proving or defending appellant's case—Appeal allowed, without prejudice to respondent filing fresh certificate in support of objections to “vote buying” questions—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38 (as am. *idem*).

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-3-02, 2002 FCA 470, Stone J.A., judgment dated 25/11/02, 14 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court Judge's decision under Income Tax Act, s. 245—Whether would clear and unambiguous policy that where creditor would not attempt to collect debt, although debt remains legally enforceable, debt to be treated as if no longer enforceable and applied to reduce non-capital losses from prior years otherwise deductible in computing taxpayer's taxable income for subsequent years—Minister argued policy of Income Tax Act abused—As policy invoked by Minister overriding words used by Parliament, to apply policy, policy must be clear and unambiguous—Court not satisfied from references given to Court in regard of clear and unambiguous policy providing debts not legally extinguished to be treated as extinguished as debt could be collected in future—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, s. 245.

CANADA V. JABIN INVESTMENTS LTD. (A-717-01, 2002 FCA 520, Rothstein J.A., judgment dated 19/12/02, 4 pp.)

PRACTICE

Enforcement—Judicial review seeking to prevent Minister from pursuing collections actions—Applicant denied deductions relative to oil and gas investments—Filing notices of objection—Subsequently signing agreement with Minister to hold objections in abeyance pending delivery of judgment in similar “test” case (*Global Communications v. Canada*, [1997] 3 C.T.C. 2499 (T.C.C.); (1999), 99 DTC 5377 (F.C.A.))—Upon disposition of test case, Minister issuing notice of confirmation, stating intention to proceed with collections—Applicant filing notice of appeal to Tax Court of Canada—Applicant arguing Minister not entitled to pursue collections while appeal pending—Submitting Income Tax Act, s. 225.1(5) not overriding s. 225.1(3) stay of collections when taxpayer appeals assessment to Tax Court of Canada, because for s. 225.1(5) to operate, issues before Tax Court must be same or substantially same as test case—Applicant arguing issues raised in appeal differ from those in test case—

INCOME TAX—Concluded

Whether s. 225.1(5) overrides statutory stay against collections by Minister when appeal filed to Tax Court—Subsection must be interpreted in context of whole section—S. 225.1(5) giving taxpayer choice of grounds to defer collections—Taxpayer can seek stay in relation to notice of objection or notice of appeal to Tax Court but not both—Purpose of subsection to provide taxpayer with benefit of hearing on merits of same or substantially same merits without incurring costs—Applicant entering into agreement with Minister to be bound by decision in other case—Similarity of cases matter for agreement between applicant and Minister—Test of “similarity” subjective—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1, s. 225.1 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 184; Sch. VIII, s. 131; 1998, c. 19, s. 225).

WEBSTER V. M.N.R. (T-2299-00, 2002 FCT 1282, Heneghan J., order dated 10/12/02, 13 pp.)

Respondent appealing from assessment in which no amount in dispute—Provisions of Income Tax Act relating to assessments and appeals mirrored in Excise Tax Act, and Court seeing no reason why principles relating to appeals from nil assessments under Income Tax Act should not apply to appeals under Excise Tax Act providing principles extend to input tax credits and refunds as well as to liability for tax—Consequently, taxpayer not entitled to challenge assessment where success of appeal would either make no difference to taxpayer's liability for tax or entitlement to input tax credits and refunds, or would increase liability for tax—When respondent took position no amount in dispute, Tax Court judge should have applied nil assessment case law and quashed notice of appeal—Appeal from assessment is appeal from result of assessment process and not from process itself—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BRUNER (A-475-02, 2003 FCA 54, Pelletier J.A., judgment dated 30/1/03, 3 pp.)

NATIVE PEOPLES

Judicial review in respect of introduction to Parliament on October 9, 2002, of Bill C-7 First Nations Governance Act, without full and meaningful consultation with First Nation members of Confederacy of Treaty Six First Nations, and Confederacy of Treaty Seven First Nations—Respondents seeking order striking applicants' notice of application for judicial review on basis discloses no reasonable cause of action pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 221—On its face, r. 221 applies only to actions and not to applications for judicial review—Open to Court to extend by analogy principles of r. 221 to application for judicial review—*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1

NATIVE PEOPLES—Continued

F.C. 588 (C.A.) holding direct and proper way to contest originating notice of motion allegedly without merit is to appear and argue at hearing of motion itself—Three issues: (1) whether plain and obvious application for judicial review cannot succeed; (2) whether application scandalous, frivolous or vexatious; (3) whether application abuse of process of Court—If any issues answered in affirmative, is this “very exceptional” case where application for judicial review should be struck—Applicants urged they had legitimate expectation of full and meaningful consultation prior to introduction of legislation in question—In *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, Supreme Court dealt with doctrine of legitimate expectations—Right to be consulted and duty of fairness not justiciable because seeking to challenge process of legislation—Courts do not intervene during legislative process in Parliament and legislatures—Formulation and introduction of Bill part of legislative process with which courts will not meddle—Reservations expressed with respect to S.C.C.’s reasoning when applied to facts herein—Supreme Court extended respect courts owe to Parliament not only to parliamentary process but to legislative process—Quotation from *La Constitution du Canada* by G.-A. Beaudoin referring to “legislative process in Parliament”, not to broader concept of legislative process as espoused by Supreme Court in *Canada Assistance Plan* case—Beaudoin’s statement not providing support for broader deference—Supreme Court’s analysis, applied broadly, would allow Ministers of Crown to create legitimate expectations in First Nations peoples, as well as perhaps others, for which Ministers could not be held responsible before courts—Such result alarming if alternative remedy not available to persons such as applicants herein —Alternative remedy does exist on facts herein, i.e. applicants could present grievances to Parliamentary Committee undertaking consultations on Bill—Even though alternative remedy to current proceeding might not appeal to applicants, it is remedy open to them and application for judicial review bereft of any possibility of success—Application within ambit of limited and exceptional class of applications for judicial review appropriate to strike—Application struck on ground application plain and obvious cannot succeed—Federal Court Rules, 1998, SOR/96-108, r. 221.

TREATY SEVEN GRAND CHIEF CHRIS SHADE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1934-02, 2003 FCT 327, Gibson J., order dated 20/3/03, 19 pp.)

ELECTIONS

Motion for interlocutory order restraining chief and council from making any operational or financial decision pending new election—Applicant asking Court to consider allegations of election corruption previously considered by Appeal Board

NATIVE PEOPLES—Concluded

and to give effect to elector’s petition by declaring offices of chief and three councillors vacant—Whether interlocutory injunctive relief should be granted on basis of alleged corrupt election practices—Applicant failed to meet onus of showing inconvenience and harm likely to be suffered from refusal to grant interlocutory injunction greater than inconvenience and harm likely to be suffered by Alexander First Nations—Balance of convenience not favouring granting of injunctive relief—Whether interlocutory relief should be granted on basis of petition of electors—Applicant seeking remedies of *quo warranto* and *mandamus*—However, such remedies final by nature, and therefore not available on interim or interlocutory basis—Faced with this difficulty, applicant seeking declaratory relief and remedies of *quo warranto* and *certiorari* on final basis—Any effort seeking *quo warranto* and *certiorari* on basis of existing elector’s petition will be unsuccessful for two reasons—First, wording of petition insufficient to invoke art. 33 of Alexander Tribal Government Customary Election Regulations because nowhere stated in petition that signatories of opinion individual respondents unfit to continue in office by reason of any specific conduct—Second, recourse cannot be had to art. 33 to attack collaterally results of appeal hearing conducted by Appeal Board pursuant to arts. 29 to 31—Motion dismissed.

PAUL V. ALEXANDER FIRST NATIONS (COUNCIL) (T-1712-02, 2003 FCT 118, Dawson J., order dated 4/2/03, 18 pp.)

PENITENTIARIES

Issue on appeal legality of Corrections and Conditional Release Regulations (Regulations), s. 71, providing inmate found guilty of certain disciplinary offence may be required to provide urine sample each month until three consecutive negative monthly samples provided—On September 22, 2000, appellant inmate asked to submit to urinalysis as part of random selection urinalysis program under Corrections and Conditional Release Act (Act), s. 54(b)—Urinalysis must be authorized by legislation, Parliament must ensure not unreasonable—According to respondent, Regulations, s. 71 authorized by Act, s. 96(m), providing regulations may be made prescribing procedures to be followed in conducting urinalysis, consequences of results of urinalysis—Act, s. 96(m) not giving Governor in Council power to order urine sample be given, regulate refusal to provide sample, create new offence, impose sanction, define consequences of sanction—In this context, Regulations, s. 71 constituting sanction or consequence of sanction not authorized by Act, s. 96(m)—Requirement imposed therefore not consequence of result of urinalysis within meaning of Act, s. 96(m), but consequence of finding of guilt—S. 71 creating by implication new offence: refusing to provide urine sample demanded

PENITENTIARIES—Continued

under this section—Not specifying who must authorize search or who must conduct it—However, Parliament, Governor in Council expressly stating in Act and Regulations who may exercise these powers—Moreover, s. 71 not specifying what procedural safeguards available to inmate—Even accepting safeguards would by implication be same as Act and Regulations providing elsewhere, unable to know which ones applying, because varying according to section of Act under which search conducted—Odd if Parliament intended refusal to provide urine sample demanded under ss. 54, 55 constituting particular offence, but Governor in Council by implication permitted to make another type of refusal offence not of refusal but of disobedience—Conclusion inescapable, Regulations, s. 71 *ultra vires* enabling legislation—Appeal allowed, Regulations, s. 71 declared *ultra vires*—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 54(b), 55 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 15), 96(m)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 71.

ROYER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-17-02, 2003 FCA 25, Décaré J.A., judgment dated 21/1/03, 13 pp.)

Policies of Correctional Service of Canada (CSC) regarding transsexual inmates—Applications for judicial review with respect to policy regarding sex reassignment surgery and concerning policy regarding placement of pre-operative transsexual inmates—Both applications in relation to decision of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) declaring policies discriminatory, ordering CSC to formulate new policies—Tribunal determined CSC had not justified policy with respect to placement of transsexual inmates because policy failed to recognize special vulnerability of pre-operative transsexual inmate population—Whether Tribunal erred by relying on impressionistic evidence in reaching conclusion male to female pre-operative transsexual inmates cannot be placed in female institutions—Evidence not impressionistic—No fixed rule with respect to nature, sufficiency of evidence justifying discriminatory practice—Application for judicial review of placement decision brought by Canadian Human Rights Commission dismissed—Regarding Attorney General's application for judicial review concerning CSC policy with respect to access to sex reassignment surgery, applicant argued Tribunal exceeded jurisdiction by finding sex assignment surgery within definition of "essential health services" under Corrections and Conditional Release Act (CCRA) and policy—In addressing issue, Tribunal did adhere to provisions of CCRA—Essential care provided to inmates pursuant to s. 86(1) of CCRA—Provision mandatory—If sex reassignment surgery determined to be essential, s. 86(1) applies—Precisely determination made by Tribunal—Finding of Tribunal not constituting excess of jurisdiction—Application for judicial review

PENITENTIARIES—Concluded

dismissed— Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 86(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1718-01, T-2034-01, 2003 FCT 89, Layden-Stevenson J., order dated 30/1/03, 27 pp.)

PENSIONS

Judicial review of decision of Pension Appeals Board reversing decision of Review Tribunal under Canada Pension Plan (CPP) holding respondent not eligible for disability benefits—By s. 42(2)(a) of CPP, person considered disabled only if has "severe" and "prolonged" mental or physical disability—Definition of severe requires claimant to be incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation—Tribunal not satisfied respondent met test—Board allowed appeal—Board erred in law in stating test whether appellant incapable of regular employment—Under s. 42(2)(a) incapacity, not employment, must be regular and employment can be any substantially gainful occupation—Board set test for qualifying disability at too low a threshold and incorrectly interpreted statutory requirements—Board based decision on erroneous finding of fact made without regard for material before Board—Uncontradicted evidence before Board from three physicians, none of whom could confirm respondent was incapable of any substantially gainful occupation—In fact, evidence respondent able to work in renting apartments, obtaining part of livelihood (accommodation) in return—Application allowed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 42(2)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) v. SCOTT (A-117-02, 2003 FCA 34, Strayer J.A., judgment dated 23/1/03, 4 pp.)

Judicial review of Pension Appeals Board's finding respondent entitled to disability pension on ground suffered from severe and prolonged disability within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2)(a)(i)—Board under statutory duty to provide parties with reasons for decision pursuant to s. 83(11)—In omitting to explain rejection of very considerable body of apparently credible evidence indicating respondent's disability not "severe", Board failed to discharge elementary duty of providing adequate reasons for decision—In absence of any indication in reasons that Board engaged in meaningful analysis of evidence, decision cannot stand—Only justification provided by Board for finding that found testimony of respondent and Dr. Leung to be credible—Does not pass muster as "reasons" on any standard of adequacy—Fact Pension Appeals Board comprises serving and former federally appointed judges indication Parliament expected more by way of reasons than Board provided in present case—Court not convinced Board erred in law in paraphrasing statutory test, especially since Board had correctly stated legal test earlier in reasons—Nonetheless, generally unwise for

PENSIONS—Concluded

Board to formulate in words other than words contained in statute legal test applying in case—Application for judicial review allowed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12), 83(11) (as am. *idem*, s. 45).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. QUESNELLE (A-415-02, 2003 FCA 92, Evans J.A., judgment dated 20/2/03, 7 pp.)

PRACTICE

Vexatious proceedings—Appeal from order made pursuant to Federal Court Act, s. 40 on application of Crown ([2002] 2 C.T.C. 79 (F.C.T.D.)) requiring appellant to obtain leave to institute any proceedings in Federal Court of Appeal or to continue any of appeals now outstanding—Eight of appellant's unsuccessful interlocutory motions now under appeal—Whether Motion Judge's decision based on error of law or misapprehension of facts sufficiently serious as to warrant interference—Appellant seeking to adduce evidence consisting of documents recently obtained pursuant to Privacy Act application—Generally, new evidence not admitted on appeal if evidence could have been presented to Court below—Crown acknowledged appellant did not have documents in time to put documents before Motions Judge—Therefore, new evidence should be accepted if practically conclusive of issue or interests of justice so require—However, nothing in documents relevant to question of whether appellant conducted himself in proceedings in manner justifying order against him—Therefore, no reason to admit new evidence in appeal—Motion to admit new evidence denied—Appellant argued order pursuant to s. 40 must be made on basis of originating application, not interlocutory motion—S. 40 simply refers to "application"—Term sufficiently broad to include originating applications and motions—Generally, motion submitted for consideration under Federal Court Rules, 1998, r. 369, dealt with on basis of written representations unless Judge persuaded matter requires oral hearing—Only reason for requesting oral hearing that appellant wished to cross-examine affiant on affidavit and counsel for Crown—However, counsel for Crown did not submit affidavit, so nothing on which to cross-examine counsel of Crown—Only facts stated in affidavit relevant to Crown's s. 40 motion unchallenged—Accordingly, Motions Judge did not err in dealing with Crown's motion under r. 369—History of proceedings provides ample evidence appellant pursuing claims against Crown in abusive manner—Motions Judge did not err in any respect in making order under appeal—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 369—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 40 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 11)—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

NELSON V. CANADA (A-88-02, 2003 FCA 127, Sharlow J.A., judgment dated 11/3/03, 13 pp.)

PRACTICE—Continued**COSTS**

Entitlement of discovery witness to business class air fare—Entitled to economy class air fare regardless of time and distance of travel—Length of flight and circumstances may mandate business class travel—In present case, business class travel in order—Business class air travel reasonable between India and Singapore and Vancouver—Such a premium mode of travel not in order in all instances—Witness entitled to business class air fare.

(GOODMAN YACHTS LLC V. GERTRUDE OLDENDORFF (THE) (T-283-00, 2002 FCT 1168, Hargrave P., order dated 8/11/02, 3 pp.)

Court found contempt of court committed by Apotex and Dr. Sherman—Parties directed to provide advice concerning appropriate lump sum for costs on solicitor-client basis—Plaintiff proposed total bill of costs, for counsel fees and disbursements, for an amount of \$2,290,066.70—Defendant proposed bill fixing costs at \$822,776.70, or \$825,000, less GST—Award of costs on solicitor and client basis intended to provide full indemnification of costs reasonably incurred—In fixing costs, Court must carefully consider costs claimed in relation to amount of work reasonably required—Reasonableness evaluated in light of 5 factors—First, should reflect significance relevant factors included in Federal Court Rules, r. 400(3): result of proceeding, importance and complexity of proceeding and public interest—Second, claims for services of miscellaneous lawyers totalling some \$31,000 in preparatory work for contempt proceeding not recoverable costs without explanation—In present case, no real explanation provided—Third, exclusion of costs claimed with inadequate explanation—Fourth, costs should include reasonable amounts for fees in light of services rendered within reasonable limits—Fifth, amount fixed should take account dual aspect of plaintiffs' role, not merely to support authority and dignity of Court but also to protect, preserve plaintiffs' own intellectual property interests—In present case, Merck costs included preparation time equivalent to more than 19 working months of 250 hours for preparation time for counsel for proceedings—Amount substantially in excess of reasonable costs—Costs reasonably incurred have upper limit—In circumstances, defendant should not have to pay unreasonable costs—Therefore, Court fixed costs at \$1,500,000—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400.

MERCK & CO. INC. V. APOTEX INC. (T-2408-91, 2002 FCT 1210, MacKay J.A., order dated 22/11/02, 19 pp.)

Plaintiff made offer to settle to defendants, pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 420(1) in amount of C\$98,988.50 in full and final settlement of matter in principal, interest and costs—Claim granted in amount of C\$82,139.76 plus interest—Entitled to C\$108,488.14 on

PRACTICE—Continued

November 30, 2002—Whether offer to settle constituting valid offer with respect to Rules, thereby entitling plaintiff to doubling of costs—Plaintiff's settlement offer clear and unequivocal, requiring response from defendants—Also, offer demonstrated ingredient of compromise as offer allowed for slackening of interest and costs if accepted—In present case, plaintiff's expert affidavit and supplemental affidavit filed on August 15, 2002, almost two months prior to settlement offer—Defendant's expert affidavit filed on September 13, 2002, few weeks prior to offer—Clearly bulk of pre-trial preparation completed well in advance of settlement offer—Although plaintiff's offer constituting valid offer with respect to Rules, clear-cut application of r. 420 (double costs award) excessive in circumstances—Plaintiff entitled to party-and-party costs to date of service of settlement offer and 150% of party-and-party costs thereafter, excluding disbursements—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 420(1).

KIRGAN HOLDINGS S.A. v. PANAMAX LEADER (THE) (T-1684-99, 2003 FCT 80, Blais J., order dated 27/1/03, 10 pp.)

PARTIES*Intervention*

Appeal of order of Motions Judge granting leave to Native Council of Nova Scotia to intervene on issue of non-representation of non-status and off-reserve Indians and impact of Indian Act on such people and their dispersal from traditional territories—Counsel not explaining how pleadings raise any issue with respect to Indian Act or impact on such people and their dispersal from traditional territories—Pleadings not raising these issues—Furthermore, person seeking to intervene in proceeding must describe how wishes to participate in proceeding and how participation will assist determination of factual or legal issue related to proceeding: Federal Court Rules, 1998, r. 109—Affidavit filed in support of intervener failed completely to meet requirements of r. 109—No indication of Council's interest in present litigation or how Council could assist in determination of any of issues—Appeal allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

SHUBENACADIE INDIAN BAND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-257-01, 2002 FCA 512, Sexton J.A., order dated 18/12/02, 3 pp.)

Joinder

Motion by 13 Mi'kmaq Indian Bands of Nova Scotia (applicants) to participate in proceedings—Applicants seeking to join as defendants in proceedings under Federal Court Rules, 1998, r. 104(1)(b), or in alternative, to join as interveners with full rights to participate under r. 109—Applicants including both status Indians and non-status Indians holding Aboriginal and Treaty Right Access (ATRA)

PRACTICE—Continued

living off reserve—Applicants claim Aboriginal rights to harvest certain aquatic species adversely affected by defendants' decision not to consult with applicants in negotiating fishing agreements—Applicants' interest in proceedings stems from involvement in negotiating process for agreements—Applicants sought to join in proceedings on four grounds: (i) ought to have been joined as parties; (ii) presence necessary to ensure all matters in dispute in proceedings effectually and completely determined; (iii) decision in favour of applicants would directly affect applicants' legal rights; (iv) decision in favour of applicants would directly affect applicants' financial interests—R. 104 providing Court may order person to join in proceeding if presence before Court necessary to ensure all matters in dispute effectually and completely determined—In determining circumstances making person's presence necessary, Court referred to *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357 setting out meaning of "necessary"—Question in action cannot be effectually and completely settled unless addition of party and answer to question affect legal rights of party wanting to join proceeding—Whether defendants owed applicants duty to consult in negotiating agreements cannot be completely settled without adding applicants as defendants—Accordingly, applicants' presence necessary to ensure all matters in dispute in proceeding may be effectually and completely determined; applicants' addition as defendants to action under r. 104(1)(b) ordered—Motion by applicants to participate in proceedings as defendants allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 104(1)(b), 109.

MARTIN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-689-01, 2002 FCT 1117, Kelen J., order dated 28/10/02, 14 pp.)

VARIATION OF TIME

Applicant seeking order extending time period for filing appeal beyond 30-day period—Failure to file notice of appeal in timely fashion due to misunderstanding surrounding calculation—Real controversy in motion relates to whether arguable issue on appeal; if so, whether interests of justice justifying extending time—In motion record applicant attempting to satisfy whether arguable issue on appeal by reference solely to notice of appeal—Notice of appeal setting out 12 errors alleged to have been made by Trial Judge under four categories—Notice of appeal more than simply demonstrating existence of appeal—Also providing details on errors alleged to have been made and on facts in case sufficient to conclude some arguable foundation for appeal—Final question whether extension of time in interest of justice—Considering all foregoing factors and overall circumstances of matter, interests of justice favour permitting extension to time limit in order to permit filing of notice of appeal—Motion granted.

TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION v. TELUS MOBILITY (T-425-02, 2003 FCT 253, O'Reilly J., order dated 28/2/03, 6 pp.)

PRACTICE—Concluded

Applicant very late in filing application for judicial review—Unusual for Court to extend time for filing in such circumstances, but from affidavit material, apparent applicant not well served by Pensions Appeal Board, Member of Parliament, ministerial or departmental staff—Board failed to inform applicant of right to judicial review in Court or of time limit for making application—Not informing applicant of right to judicial review until some five months after expiration of right—Instead, applicant requested assistance of Member of Parliament—Minister of Human Resources's reply to Member of Parliament mostly reiterating general rules, silent about right to seek judicial review in Federal Court, time limits for doing so—Applicant's attempted resort to Member of Parliament to seek change in decision of independent Board misconceived, but at all times showed intention to have decision reviewed—Application for judicial review allowed to proceed.

MITCHAM V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-616-02, 2003 FCA 70, Strayer J.A., order dated 7/2/03, 2 pp.)

PRIVACY

Appeal of Prothonotary's order requiring applicant to post security for costs pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 416 on ground reason to believe application frivolous, vexatious—Applicant president of Pharma Communications Group Inc. (Pharma)—Privacy Commissioner's report arising from complaint by applicant that information-gathering practices of IMS Health Canada (IMS) breaching Personal Information Protection and Electronic Documents Act—Pharma and IMS business competitors collecting and analyzing prescription data and statistical health care information—Applicant contending IMS purchasing information taken from prescriptions without knowledge or consent of prescribing doctor—Privacy Commissioner concluding information collected by IMS not personal information about physicians and therefore not subject to protections of Act—Applicant applying for review of Privacy Commissioner's decision—Privacy Commissioner intervening to make argument on new legislation underpinning application at hearing of IMS's motion to strike out proceedings or for an order requiring applicant to post security for costs—IMS arguing application brought for improper purpose, to abuse Court's process by using review procedures of the Act to advance commercial interests and not to protect personal information—Prothonotary finding applicant abusing process of Court, although not so far as to warrant striking out application but enough to attract security for costs—Prothonotary finding root of litigation is commercial matter—Noting no decided cases determining whether Act extending to commercial dispute—Act establishing code for protection of personal information, setting out operating rules for private organizations in context of commercial activities—Relying on

PRIVACY—Concluded

case law in bankruptcy field indicating that extending Act for arguably improper purpose, i.e. obtaining commercial advantage, not fair and honest use of Court's process and thus frivolous and vexatious—Prothonotary finding appearance of reason to believe Act used for collateral and improper purpose—Privacy Commissioner concerned that Prothonotary ruling on right of applicant to bring application—Submitting nothing in Act limiting complaint process to individuals directly affected; nothing prohibiting individual representing business from making complaint—Appeal concerning whether reason to believe application frivolous and vexatious—"Reason to believe action is frivolous and vexatious" lower and different standard than that required to strike out pleading—Standard of proof should be same as that contained in "reasonable grounds to believe," which is less than balance of probabilities but still connoting *bona fide* belief in serious possibility based on credible evidence—Prothonotary erring in law by misinterpreting Act when concluding reason to believe application for improper purpose, i.e. attempt to obtain commercial advantage—Prothonotary's finding possibly also affected by misapprehension of who was complainant before Privacy Commissioner—Complainant was individual having right to apply to Federal Court, Trial Division for hearing, following determination complaint not well founded, not Pharma Communications—Irrelevant that applicant's personal information not at stake—Act establishing code of conduct for organizations to collect, use or disclose personal information in course of commercial activities—Regulatory in nature—Providing means of enforcement through complaints, Privacy Commissioner's investigation and report, and right of appeal to Federal Court—Application seeking determination whether IMS's practices comply with law—Irrelevant that applicant is President of Pharma Communications, competitor of IMS—Disqualification of competitor from access to Act's enforcement mechanisms not contemplated by Parliament—IMS not entitled to security for costs—Appeal allowed—Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 416(1)(g).

MAHEU V. IMS HEALTH CANADA (T-1967-01, 2003 FCT 1, Lemieux J., order dated 3/1/03, 24 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of decision of Public Service Staff Relations Board (Board)—Board determining successful candidates to Foreign Service Development Program (FSDP) required to take official language training not "employees" under Public Service Staff Relations Act, s. 34 while taking language training and thus barred from membership in bargaining unit represented by applicant—Board had clear evidence of formal agreement between Department of Foreign Affairs and

PUBLIC SERVICE—Continued

International Trade Service (DFAIT) and Ms. Qureshi (typical case) to effect she would not be offered position as foreign service officer in FSDP until successful conclusion of language training—Board had to decide requirements for one to become “employee” within meaning of s. 34—No place in legal structure for public servant without position created by Treasury Board and without appointment made by Public Service Commission: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614—DFAIT had delegated authority from Public Service Commission to appoint candidates to foreign service officer positions—But no formal instrument making such appointment prior to completion of language training—In Qureshi’s case offer of appointment as foreign service officer sent, signed after successful completion of language training—Applicant unable to demonstrate any other “instrument of appointment” fixing any date, as required by Public Service Employment Act, s. 22—Therefore, Board applied right principles of law in finding Qureshi became employee in Public Service after completion of language training—Application for judicial review dismissed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 34—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 22 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 17).

PROFESSIONAL ASSOCIATION OF FOREIGN SERVICE OFFICERS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-27-02, 2003 FCA 162, Strayer J.A., judgment dated 26/3/03, 12 pp.)

SELECTION PROCESS*Merit Principle*

Judicial review of decision made by Appeal Board of Public Service Commission of Canada (PSC) that Transportation Safety Board (TSB) properly accommodated applicant, suffering from multiple sclerosis, by modifying testing conditions for position—Public Service Employment Act, s. 10 requiring appointments to and from within public service be based on selection according to merit—Whether Appeal Board erred by finding TSB conducted selection process in accordance with merit principle broken down into four sub-issues—(1) Whether Appeal Board erred by finding TSB met obligation to provide reasonable accommodations to applicant—Applicant argued TSB did not provide objective evidence accommodations initially recommended by expert, and not found acceptable, would have negatively affected other candidates in competition—Appeal Board Chairperson characterized communications between TSB and expert as “unfortunate mis-communication”—Determination of issue centred on TSB’s handling of expert’s initial recommendations—PSC’s Generic Standards for Selection and Assessment stating equitable assessment does not necessarily require use of same assessment methods or sources of information for all candidates—For example, in some circumstances, such as

PUBLIC SERVICE—Concluded

sometimes occur in assessment of candidates with disabilities, equitable assessment will require modification of usual procedures—Decision to use alternative assessment method must also respect rights of other candidates to fair assessment—Question is what method of assessment needed to ensure selection based on merit—Final decision on appropriate accommodations in present case lay with TSB—Expert focussed solely on accommodating needs of applicant but TSB had to also consider effect use of alternative assessment method would have on other candidates—As such, TSB not bound to follow expert’s recommendations—In order to justify decision to depart from recommendations of outside expert, government department only needs to demonstrate legitimate concerns problem would have arisen if process had moved forward—Finally, not necessary to use alternative assessment method as needs of applicant adequately addressed through modifications to testing conditions—Appeal Board made correct determination in finding TSB had fulfilled duty to accommodate—(2) Whether Appeal Board erred by finding applicant had not written test under duress (i.e. afraid if not accepting proposal would be excluded from competition)—Unreasonable to expect TSB, after having implemented measures suggested by expert, to re-engage in search for acceptable accommodations without any information on what more needed—(3) Whether Appeal Board erred in finding incumbent upon applicant to raise concerns about distraction during exam—Candidate suffering hardship related to noise has burden of bringing hardship to attention of selection board—Applicant did not bring existence of distraction to attention of selection board until time of appeal hearing—(4) Whether Appeal Board breached rules of natural justice by excluding study conducted for National Multiple Sclerosis Society (Krupp report)—Administrative decision-makers generally given some discretion as to choice of evidence to accept—Court not likely to interfere unless decision constitutes breach of natural justice—In light of lateness of request and fact summary already provided, Appeal Board Chairperson properly exercised discretion in excluding report—Decision did not prejudice applicant’s ability to present case—Application for judicial review dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10.

TREMBLAY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1201-01, 2003 FCT 466, Kelen J., order dated 22/4/03, 26 pp.)

TRADE-MARKS**EXPUNGEMENT**

Application to expunge from register trade-mark “diplomat” registered by respondent on February 28, 1991—Appellant relied on Trade-marks Act, ss.17(2), 18(1)(a)—Motions Judge dismissed application to expunge on ground made after

TRADE MARKS—Continued

five-year deadline specified in s. 17(2)—No appeal as to that conclusion—However, Motions Judge did not deal with ground for expungement mentioned in s. 18(1)(a), namely that registration invalid as mark not registrable on date of registration—This ground for expungement not subject to five-year prescription period laid down in s. 17(2) and Motions Judge had duty to consider it—Motions Judge’s decision reversed and matter referred back to Trial Division for rehearing—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 17, 18.

KELENDJI V. DIPLOMAT FULLHALTER GESELLSCHAFT
KURZ & RAUCHLE GMBH & CO. KG (A-282-01, 2002
FCA 480, Décarý J.A., judgment dated 2/12/02, 3 pp.)

PRACTICE

Plaintiff, defendant have registered marks including “Jonathan”—Basis of defendant’s motion for summary judgment in action for trade-mark infringement, passing off

TRADE-MARKS—Concluded

recent decision in *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607 (C.A.)—Decision applied well-established rule that use of registered trade-mark absolute defence to action in passing off—Question whether defendant using its registered trade-marks i.e. whether “substantially deviating” from registered marks or simply using “essential elements” of registered marks—Court cannot disregard state of register, confusion—Must have regard to realities and look at all circumstances of case including state of market and of register, circumstances in which defendant currently making use of marks “Jonathan G”, and at fact such use very similar to use made by plaintiff of registered trade-mark “Jonathan”—Issue can only be decided after trial, at which judge will look at evidence and decide whether defendant’s use insignificant deviation from registered mark—Motion dismissed.

JONATHAN, BOUTIQUE POUR HOMMES INC. V. JAY-GUR
INTERNATIONAL INC. (T-486-98, 2003 FCT 106,
Hugessen J., order dated 30/1/03, 4 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://décisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision de Transports Canada (TC) de divulguer certains documents concernant la disposition d'actifs non ferroviaires suite à une demande aux termes de la Loi sur l'accès à l'information—Question en litige: certains renseignements d'ordre personnel doivent-ils être divulgués si un intéressé peut les retrouver dans des sources auxquelles le public a accès?—La demanderesse (le CN) prépare chaque année une liste des actifs non ferroviaires vendus l'année précédente et la transmet à TC, conformément à un accord intervenu lors de sa privatisation— TC a reçu une demande de divulgation de la liste pour les années 1996 et 1997—TC a refusé la demande suite à l'intervention de la demanderesse—Une plainte a été déposée au Commissaire à l'information—TC s'est alors dit prêt à divulguer le contenu de la liste pour les années en question, prétendant que préposé de la demanderesse avait consenti antérieurement à la divulgation et que les renseignements recherchés sont accessibles au public du fait qu'ils sont inscrits aux bureaux de la publicité des droits des différentes provinces—Application des exemptions prévues aux art. 19 et 20(1)b), c) et d) de la Loi—Les documents en question contiennent les renseignements suivants: le nom de l'acquéreur, le prix de vente, la municipalité, la superficie approximative, la date de vente, les dépenses associées à la vente, et le revenu net de la vente—Les parties sont d'accord que les dépenses associées à la vente, et revenu net de la vente ne doivent être divulgués—L'art. 19(1) de Loi interdit la divulgation des renseignements personnels sujet à l'art. 19(2) qui l'autorise lorsque le public a accès aux renseignements—De même, l'art. 20(1)b) exempte la divulgation des documents contenant des renseignements financiers à caractère confidentiel mais la jurisprudence établit qu'un renseignement n'est pas confidentiel si le public peut y avoir accès—Les renseignements en questions seraient inscrits aux bureaux de la publicité des droits dans quelques provinces—Dans certaines provinces, on trouve des prix de ventes fictifs pour fins d'inscription—On retrouve les prix exacts aux bureaux de la publicité de droits dans 166 des 183 transactions—Le CN demande si la Loi exige seulement que le public ait accès aux sources renfermant les renseignements en question ou s'il est

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

nécessaire que le public puisse effective-ment accéder aux renseignements—Considérant l'objet de la Loi à l'art. 2, l'ambiguïté est résolue en faveur de la divulgation: *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430 (C.A.)—Le CN soumet aussi que l'art. 20(1)e) et d) de Loi empêche la divulgation—Les dispositions s'appliquent lorsque la divulgation de certains renseignements causerait des pertes aux tiers ou entraverait des négociations menées par des tiers en vue de contrats—Le CN allègue préjudice envers d'éventuelles ventes si les anciens prix sont divulgués—Le prix de la dernière vente n'est pas déterminant quant au prix de vente future—Le CN allègue la possibilité de poursuites contre le CN de la part de certains acquéreurs déçus de leurs prix—Transactions commerciales entre personnes n'ayant aucun lien de dépendance; si certains réussissent à négocier des ententes plus avantageuses, cela n'enlève rien aux autres—Le CN allègue que la divulgation entraverait les négociations de vente d'autres propriétés—Les prix bruts payés dans d'autres transactions ne sont pas déterminants —Dans 166 des 183 transactions, tous les renseignements, incluant le prix, sont divulgués—Dans 17 transactions où les prix sont fictifs, les prix de ventes sont omis de la divulgation—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1, art. 3, 19, 20(1), 28, 44(1).

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2027-00, 2002 CFPI 974, juge Pelletier, ordonnance en date du 13-9-02, 13 pp.)

ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire—Le conseil arbitral n'a pas été convaincu par la défenderesse qu'il était possible de jumeler horaire d'étude et horaire de travail—Le conseil a aussi conclu sur la base de la preuve que la défenderesse n'avait pas démontré un désir réel, passé et futur, de travailler tout en poursuivant ses études—Le juge-arbitre n'avait aucun motif d'intervenir parce que les conclusions de fait du conseil arbitral ne sont ni erronées ni tirées de façon abusive ou arbitraire—Le juge-arbitre s'est mépris en droit sur l'impact de la demande de la défenderesse de lui accorder des prestations

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

pour trois mois seulement—La période de prestations, qu'il s'agisse de celle définie par la Loi sur l'assurance-emploi ou de celle plus limitée désirée par un prestataire, n'est pas pertinente pour déterminer et mesurer la disponibilité de ce dernier, laquelle doit exister pour tout jour ouvrable selon l'art. 18*a*) de la Loi—Ce qui était pertinent aux fins de déterminer la disponibilité, c'était la période de cours et d'études de la défenderesse—C'est, à bon droit, ce que le conseil arbitral a considéré—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 18*a*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BOURGAULT (A-43-01, 2003 CAF 44, juge Létourneau, J.C.A., ordonnance en date du 29-1-03, 3 p.)

Les défendeurs dans les deux demandes de contrôle judiciaire sont des employés de Cavendish Farms en Île-du-Prince-Édouard—Ils font en moyenne 42 heures de travail par semaine pour un cycle de huit semaines—À cause de la fermeture de l'entreprise, ils ont perdu trois périodes de travail de 12 heures—Les réclamations des défendeurs en vue de l'obtention de prestations d'assurance-emploi ont été refusées au motif que, aux termes de l'art. 11(4) de la Loi sur l'assurance-emploi, ils sont réputés avoir travaillé une semaine entière, mais le conseil arbitral et le juge-arbitre ont conclu que l'art. 11(4) ne s'appliquait pas—Le procureur général sollicite à présent le contrôle judiciaire des décisions du juge-arbitre—L'art. 11(4) ne s'applique que si les défendeurs travaillent habituellement plus d'heures, de jours ou de périodes de travail que ne travaillent habituellement au cours d'une semaine des personnes employées à plein temps—Le conseil arbitral a accepté que dans la province de l'Î.-P.-É., la semaine normale de travail est de 48 heures, en application de l'art. 15(1) de l'Employment Standards Act—Le juge-arbitre a statué que le conseil disposait d'éléments de preuve convaincants pour étayer sa conclusion de fait quant au nombre d'heures dans une semaine normale de travail—Il n'a pas pu conclure que le conseil avait commis une erreur de droit en concluant que l'art. 11(4) ne s'appliquait pas—La Cour est d'accord avec le juge-arbitre—Le conseil n'aurait pas pu conclure que les défendeurs travaillaient plus d'heures par semaine que des personnes employées à plein temps parce qu'il n'y avait aucune preuve que le nombre d'heures normales de travail d'une personne à plein temps est de 40 heures—Les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 11(4)—Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-6.2, art. 15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BUCHANAN (A-70-02, A-68-02, 2003 CAF 51, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 30-1-03, 6 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle un juge-arbitre a confirmé la décision du conseil arbitral de présumer que la défenderesse avait le nombre minimal requis

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

d'heures d'emploi assurable pour avoir le droit de recevoir des prestations d'assurance-emploi—La Commission avait rejeté la demande parce que la défenderesse n'aurait pas exercé suffisamment d'heures d'emploi assurable—Demande accueillie—C'est à un fonctionnaire autorisé de l'Agence des douanes et du revenu du Canada de statuer sur les questions soulevées dans le cadre d'une demande relative au nombre d'heures exercées dans le cadre d'un emploi assurable: Loi sur l'assurance-emploi, art. 90(1)*d*), 122—Ni le conseil, ni l'arbitre n'ont compétence pour trancher ces questions; le conseil et l'arbitre ont donc outrepassé leur compétence—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 90(1)*d*) (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 135), 122 (mod., *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DIDIODATA (A-354-01, 2002 CAF 345, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 24-9-02, 2 p.)

Demande de contrôle judiciaire pour écarter une décision d'un juge de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) et que soit déclaré assurable l'emploi qu'occupait le demandeur—Les périodes en litige sont en partie couvertes par l'ancienne Loi sur l'assurance-chômage (Loi) et la nouvelle Loi sur l'assurance-emploi (Loi)—Il s'agit de déterminer si le juge de la C.C.I. a fait défaut de motiver sa décision comme l'exige la Loi (les dispositions applicables sont les mêmes dans les deux lois)—La conclusion que le demandeur était un employé des Entreprises Hervey Bouchard Inc. est une conclusion sans motif sur un sujet contesté par le demandeur alors que la preuve documentaire et testimoniale est contradictoire et a donné lieu à des interprétations divergentes de la part des parties—La Cour ne s'est ni penchée, ni prononcée sur l'obligation de motiver imposée par la Loi en matière d'assurabilité de l'emploi—Elle n'a pas fait référence aux dispositions impératives de la Loi et à la jurisprudence constante de cette Cour sur la question—Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

BOUCHARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-425-01, 2003 CAF 27, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 21-01-03, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Requête pour obtenir une injonction interlocutoire empêchant le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de poursuivre les formalités d'admissibilité à l'encontre de l'un des demandeurs désignés jusqu'à ce que la question concernant

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sa citoyenneté ait été réglée—Les demandeurs demandent à la Cour d'empêcher la section de l'immigration de faire ce que l'art. 45 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) lui ordonne de faire—La Cour n'a pas compétence pour rendre l'ordonnance recherchée—Aucune demande de contrôle judiciaire n'a été déposée devant la Cour—L'art. 72(1) de la LIPR et l'art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale (LCF) exigent qu'un tel recours soit exercé par présentation d'une demande de contrôle judiciaire—La Cour ne peut accorder une suspension d'instance en application de l'art. 18.2 de la LCF que dans le cas où une demande de contrôle judiciaire a été déposée—La requête des demandeurs est rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 45, 72(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.2 (édicte, *idem*, art. 5).

MARSHALL C. CANADA (T-1519-02, 2002 CFPI 1099, juge O'Keefe, ordonnance en date du 23-10-02, 4 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel) qui a décidé que le demandeur devait être renvoyé du Canada, infirmant ainsi l'ordonnance de suspension du renvoi—Il appartient à la section d'appel de décider si le demandeur a établi, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, qu'il ne devrait pas être renvoyé du Canada—La conclusion constitue une question mixte de fait et de droit—La Commission d'appel de l'immigration a exposé les circonstances dont il faut tenir compte et la C.S.C. les a adoptées dans l'affaire *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84—La section d'appel peut tenir compte du fait que le demandeur possède une maison en Syrie, mais non au Canada, qu'il ne possède pas de véhicule au Canada et qu'il n'est pas engagé dans une relation amoureuse, dans le but de mieux déterminer l'étendue de l'établissement au Canada—Pour rendre une décision concernant le statut d'un résident permanent, la section d'appel tient compte de toutes les circonstances particulières de l'espèce—Les facteurs qu'elle a examinés étaient pertinents pour la décision à rendre—Demande de contrôle judiciaire rejetée.

AKKAWI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-741-02, 2003 CFPI 21, juge Pinard, ordonnance en date du 21-1-03, 4 p.)

Contrôle judiciaire des décisions d'une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui avait considéré que le demandeur constituait un danger pour le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

public en application de la Loi sur l'immigration, art. 46.01(1)e) et 70(5)—Entre octobre et novembre 1998, le demandeur avait été reconnu coupable de vol qualifié et avait été condamné à un emprisonnement de six mois, en plus des trois mois déjà purgés en détention provisoire, et il avait été reconnu coupable d'entrave à la justice, infraction pour laquelle il avait été condamné à une peine cumulative de six mois avec sursis; et reconnu coupable de possession de biens obtenus par des moyens criminels, infraction pour laquelle il avait été condamné à une peine d'emprisonnement de trois mois, à purger en même temps que la peine imposée pour le vol qualifié—Une mesure d'expulsion fut prononcée contre lui en 2001—Avant l'instruction de l'appel, la représentante du ministre a décidé que le demandeur constituait un danger pour le public, ce qui empêchait le demandeur de faire appel—1) La nouvelle preuve par affidavit du demandeur devrait-elle être jugée irrecevable parce qu'il s'agirait d'une preuve nouvelle dont ne disposait pas la représentante du ministre?—Bien qu'il ait eu la possibilité, à deux reprises, de présenter des conclusions avant que ne soit rendue la décision le qualifiant de danger pour le public, le demandeur n'a pas communiqué cette information au ministre—Dans l'affaire *Chedid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour avait jugé qu'une décision de la Commission des libérations conditionnelles était un document essentiel que le ministre aurait dû avoir à sa disposition, sans qu'il importe de savoir si le demandeur avait ou non présenté des conclusions sur cet aspect—Le précédent *Chedid* a été écarté parce que, dans cette affaire-là, la représentante du ministre savait qu'elle n'avait pas devant elle la décision de la Commission des libérations conditionnelles—Ici, la représentante du ministre n'était pas informée de l'existence d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles se rapportant au demandeur—Par conséquent, la preuve nouvelle ne pouvait être prise en compte dans cette demande de contrôle judiciaire—2) Les principes de justice naturelle obligent-ils le ministre à motiver sa décision selon laquelle une personne constitue un danger pour le public?—La représentante du ministre a adopté le rapport de décision ministérielle et la demande de décision ministérielle comme motifs de sa décision selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public—3) S'agissait-il là de motifs raisonnables?—Dans l'affaire *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 37 Imm. L.R. (2d) 9 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour, s'interrogeant sur la notion de «danger pour le public», avait estimé qu'une condamnation ne suffit pas à elle seule à justifier une décision selon laquelle la personne concernée constitue un danger—L'expression «danger pour le public» signifie un danger présent ou futur—Les circonstances de chaque cas doivent donc attester que la personne concernée est un danger présent ou futur pour d'autres personnes au Canada—La preuve dont disposait la représentante du ministre ne renfermait aucune mention

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

expresse du danger actuel et futur que le demandeur constituait pour le public au Canada—La nature ou la gravité d'infractions passées ne suffit pas en soi à faire de l'intéressé un danger pour le public au sens de l'art. 70(5)—Les décisions de la représentante du ministre étaient déraisonnables—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 19), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

DOKMAJIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1420-02, 2003 CFPI 85, juge Mackay, ordonnance en date du 28-1-03, 14 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire visant la décision d'une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, établissant que le demandeur constitue un danger pour le public canadien, en vertu de l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur est né au Vietnam et le gouvernement canadien l'a jugé être apatride—En 1993, le demandeur a été déclaré être un réfugié au sens de la Convention, et il est venu au Canada—Il a obtenu la qualité de résident permanent en 1995—En 2000, le demandeur a été reconnu coupable de trafic de cocaïne, et on lui a infligé une peine de trois années et demie d'emprisonnement—Le demandeur prétend que le défendeur a commis une erreur en ne motivant pas sa décision—En droit, des motifs doivent être donnés—Le défendeur a adopté comme motifs les rapports ministériels concernés—La question à trancher, par conséquent, est celle de savoir si les rapports ministériels renferment des motifs et si la décision du ministre renferme des motifs indépendants—S'il n'y a pas de motifs dans l'une ou l'autre source, la décision du ministre est entachée d'une erreur de droit—Dans le contexte, la définition donnée aux motifs requiert qu'on ait recours, dans le cadre d'une argumentation analytique justifiant la décision portant que le demandeur constitue un danger, à l'ensemble de la preuve qui le concerne—Les obscurs énoncés litigieux dans les rapports ministériels ne satisfont pas à ce critère—En outre, la décision du ministre est dénuée de tout motif quelconque—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12).

TRAN V. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2333-02, 2003 CFPI 215, juge Campbell, ordonnance en date du 21-2-03, 6 p.)

Appel d'une décision ([2002] 4 C.F. 144 (1^{re} inst.)) rendue sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision relative

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à la preuve rendue par un arbitre—La question était de savoir si le ministre devait présenter des éléments de preuve pour établir un des éléments des allégations contre l'intimé, savoir si l'intimé avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité—Le ministre a demandé qu'on rende une décision selon laquelle la question avait été tranchée par la section du statut de réfugié lorsqu'elle avait décidé que l'intimé ne pouvait revendiquer le statut de réfugié parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il avait commis un crime de droit international—L'arbitre a obligé le ministre à prouver tous les éléments des allégations—La décision d'un arbitre sur une question de droit relative à des éléments de preuve à être présentés ne peut devenir une question de compétence lorsque l'arbitre a compétence exclusive pour connaître et décider des questions de droit et de fait, y compris les questions de compétence, dans le cadre des procédures instruites devant lui: Loi sur l'immigration, art. 80.1—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 80.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 70).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. VARELA (A-141-02, 2003 CAF 42, juge Pelletier, J.C.A., ordonnance en date du 27-1-03, 3 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Contrôle judiciaire du refus d'un juge de la citoyenneté d'accorder une demande de citoyenneté—L'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté énonce les critères d'attribution de la citoyenneté canadienne—L'art. 14(5) confère un droit d'appel de la décision du juge de la citoyenneté devant la Section de première instance de la Cour fédérale—La demande devrait-elle être rejetée parce que la procédure n'a pas été validement introduite?—La procédure avait été par inadvertance introduite par voie de demande de contrôle judiciaire plutôt que par voie d'appel—La règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998), qui prévoit qu'un acte introductif d'instance ne peut être annulé du seul fait que l'instance aurait dû être introduite au moyen d'un autre acte introductif d'instance, est applicable—Dans l'arrêt *Shun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211 (C.A.F.), la Cour avait estimé que le recours qui s'imposait était un appel et non un contrôle judiciaire—L'art. 14(5) confère un droit général d'appel, ce qui soustrait la décision d'un juge de la citoyenneté à tout contrôle selon l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—La requête du demandeur devrait être convertie en appel, conformément à la règle 57—La preuve produite laisse voir que l'emploi du mauvais document introductif d'instance a été le résultat d'une erreur involontaire de l'avocat du demandeur—Le demandeur ne devrait pas souffrir de l'erreur

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de son avocat—Le juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit en n'indiquant pas quel critère elle appliquait et en n'appliquant pas aux faits le critère exposé dans l'affaire *Papadogiorgakis (In re) et In re Loi sur la Citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.).—Bien qu'elle ne se soit pas expressément référée au critère *Papadogiorgakis*, le juge de la citoyenneté a estimé que le demandeur n'avait pas centralisé son mode d'existence au Canada—Cette conclusion montre que le juge de la citoyenneté a appliqué le critère du mode centralisé d'existence énoncé dans l'affaire *Papadogiorgakis*—Dans l'affaire *Koo Re*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.), le juge Reed a énuméré six facteurs qui signalent un attachement suffisant au Canada pour autoriser l'attribution de la citoyenneté, même lorsque le nombre minimum requis de jours n'est pas atteint— Les indices formels de l'existence d'attaches avec le Canada, par exemple un permis de conduire, des comptes bancaires et des cartes de membre, ne suffiront pas à eux seuls à établir un mode centralisé d'existence au Canada—En revanche, la qualité des attaches du requérant avec le Canada doit indiquer qu'il vit régulièrement, normalement et habituellement dans ce pays—D'après les faits, le demandeur présente un bon nombre d'indices formels de l'existence d'attaches avec le Canada: le demandeur et son épouse sont propriétaires d'une maison à North York, en Ontario; la famille immédiate du demandeur habite dans cette maison; le demandeur travaille pour une société canadienne; le demandeur a obtenu des permis de retour; il a une carte-santé de l'Ontario et un permis de conduire de l'Ontario; il a un numéro d'assurance sociale; il a un compte bancaire canadien et une carte de crédit canadienne; enfin il produit des déclarations de revenus et déclarations de bénéfices—Mais, si l'on applique le critère *Papadogiorgakis*, il n'est pas évident que le demandeur a centralisé son mode d'existence au Canada—Il a été absent très souvent au cours des trois années qui ont précédé sa demande de citoyenneté— Le demandeur a passé une partie de ses congés en dehors du Canada, ce qui ne donne pas à entendre qu'il revient au Canada fréquemment lorsque l'occasion se présente—Il n'est pas établi que le demandeur a centralisé son mode d'existence au Canada—Par conséquent, le juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur en disant que le demandeur n'avait pas centralisé son mode d'existence au Canada et en rejetant pour cette raison sa demande de citoyenneté—Demande de contrôle judiciaire convertie en appel à l'encontre de la décision du juge de la citoyenneté, et appel rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 57—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1), 14(5).

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1350-01, 2003 CFPI 174, juge Snider, ordonnance en date du 17-2-03, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Il s'agissait de savoir si cette conclusion était manifestement déraisonnable—La Commission s'est énormément fondée sur la preuve documentaire mise à sa disposition en concluant que le demandeur disposait d'une possibilité de refuge intérieur (la PRI) au Pakistan—Le dossier comporte des lacunes puisqu'il ne renferme pas les éléments sur lesquels la Commission s'est fondée et qu'elle a jugés suffisamment importants pour en faire mention dans ses motifs—Cette preuve documentaire, qui ne figure pas dans le dossier soumis à la Cour, était un élément de preuve crucial puisqu'elle a amené la Commission à n'attribuer aucune importance au premier rapport d'information (le rapport de police concernant le demandeur) qui s'appliquait peut-être partout au Pakistan—Cette conclusion permettait à la Commission de conclure à l'existence d'une PRI viable—Lorsqu'un élément de preuve aussi important ne se trouve pas dans le dossier du tribunal, la Cour ne peut pas apprécier le contexte et la teneur de la preuve documentaire sur laquelle la Commission s'est fondée—En outre, la Commission s'est fondée dans ses motifs sur plusieurs autres sources documentaires, dans des notes de bas de page; le dossier certifié du tribunal ne contient pas les documents en question—Les lacunes décelées dans le dossier donnent à entendre que la Commission a tiré une conclusion sans disposer de preuve à l'appui—L'absence de preuve laisse planer un doute sur la conclusion de la Commission—La preuve que le défendeur a soumise à la Cour ne justifie pas la conclusion de la Commission—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4571-01, 2003 CFPI 180, juge Heneghan, ordonnance en date du 17-2-03, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), qui a statué que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur est citoyen de la Malaisie et il revendique le statut de réfugié alléguant une crainte bien fondée de persécution en raison de son origine ethnique et de sa religion—Le demandeur était mineur lorsqu'il a remis son formulaire de renseignements personnels, mais ne l'était plus lorsque les membres du Tribunal ont été saisis du dossier— Les principales questions à trancher sont de savoir si la CISR a respecté la Loi sur l'immigration et les principes de justice naturelle en n'assignant pas d'office un représentant au demandeur (l'art. 69(4) prévoit que la section du statut commet d'office un représentant quand l'intéressé n'a pas 18 ans), ainsi que de savoir si la CISR a commis une erreur en concluant que la revendication du demandeur n'avait pas un minimum de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fondement—Le demandeur allègue que cette absence de représentation lui a causé préjudice—Dans les minutes de l'audience, il est clair que la CISR a donné au demandeur la chance de rectifier l'absence de représentation—Ainsi, cette absence de représentation ne lui a pas causé préjudice puisque lorsqu'est venu le temps d'éliminer le préjudice potentiel, ni lui, ni son conseiller n'ont jugé bon de le faire—En outre, la règle 11 de la section du statut impose à l'avocat du demandeur l'obligation de signaler la minorité du client à la section, ce qu'il n'a pas fait—Il est établi que le tribunal n'a pas à motiver de façon distincte sa conclusion d'absence de minimum de fondement—Il suffit que les motifs généraux appuient cette conclusion comme le confirme l'arrêt *Gomez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 600 (1^{re} inst.) (QL)—La CISR n'a donc pas commis d'erreur sur ce point justifiant l'intervention de cette Cour—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 82.1(1) (édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 11.

PARIANNAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5760-01, 2002 CFPI 1095, juge Blais, jugement en date du 22-10-02, 13 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (la SSR) par laquelle il a été statué que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs sont des Palestiniens apatrides de Nablus, un village de la Cisjordanie occupé par les Israéliens—Les demandeurs sont arrivés au Canada le 11 avril 2001 et ils ont soutenu qu'ils avaient une crainte fondée d'être persécutés par l'armée israélienne—La SSR a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve digne de foi pour établir une crainte fondée d'être persécuté et qu'il n'y avait qu'une simple possibilité qu'ils soient persécutés s'ils retournaient en Cisjordanie—La SSR a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies (UNRWA) ou d'y faire référence?—La pertinence d'une carte d'inscription à l'UNRWA dans le processus de détermination du statut de réfugié a été examinée dans la décision *El-Bahisi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 72 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.)—L'omission de prendre expressément en considération l'existence d'un document de l'UNRWA reconnaissant un requérant comme réfugié constituait une erreur susceptible de contrôle—Le fait qu'un demandeur s'est réclamé de la protection d'un programme des Nations Unies est très pertinent quant à la détermination du statut de réfugié—En l'espèce, aucune durée de validité n'est précisée dans le certificat, la SSR n'a fait aucune référence aux documents d'inscription des demandeurs à l'UNRWA, et il n'y avait pas de preuve que le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

statut à l'égard de cet organisme avait été pris en compte—Cette omission constitue une erreur susceptible de contrôle—Les demandeurs prétendent que la SSR a commis une erreur de droit en tirant des conclusions négatives sur le plan de la crédibilité des deux demandeurs parce qu'ils n'ont pas révélé à l'agent des visas à Tel Aviv qu'ils avaient l'intention de revendiquer le statut de réfugié au Canada—Dans l'arrêt *Fajardo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 157 N.R. 392, la Cour d'appel fédérale a statué que l'omission de révéler l'intention de réclamer le statut de réfugié lors de la demande d'un visa ne pouvait constituer le fondement d'une conclusion négative sur le plan de la crédibilité—En l'espèce, la SSR a clairement indiqué qu'elle avait des doutes au sujet de la crainte subjective des demandeurs parce qu'ils n'avaient pas révélé à l'agent des visas leur intention de revendiquer le statut de réfugié au Canada—Les omissions commises dans le processus d'examen d'une demande de visa occupent une place importante dans la décision concernant la crainte subjective—La décision de la SSR est infirmée et l'affaire lui est renvoyée pour être décidée de nouveau par une formation différemment constituée—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

KUKHON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1044-02, 2003 CFPI 69, juge Beaudry, ordonnance en date du 23-1-03, 9 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention suivant la définition donnée à l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—La Commission a eu des doutes quant à la crédibilité et a conclu à l'existence d'une possibilité de refuge intérieur—Le demandeur invoque l'arrêt *Tung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 124 N.R. 388 (C.A.F.), à l'appui de l'argument selon lequel la Commission a violé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu sa décision sans avoir eu à sa disposition une transcription complète de l'audience—L'arrêt *Kandiah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 141 N.R. 232 (C.A.F.), contredit l'arrêt *Tung*—La Cour suprême du Canada a réglé comme suit le conflit dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)* [1997] 1 R.C.S. 793: en l'absence d'un droit à un enregistrement expressément reconnu par la loi, les cours de justice doivent déterminer si le dossier leur permet de statuer convenablement sur la demande d'appel ou de révision—Ni la Loi, ni les Règles de la section du statut de réfugié, 1993, n'imposent l'enregistrement d'une audience—En conséquence, la Cour doit décider si la transcription lui permet de se prononcer correctement sur la demande d'appel ou de contrôle judiciaire—Considérant la preuve dont elle disposait, il était raisonnablement loisible à la Commission de conclure que le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

demandeur ne s'était pas acquitté de l'obligation qui lui incombeait de démontrer qu'il craignait avec raison d'être persécuté partout en Inde ou qu'il serait déraisonnable de sa part de chercher refuge dans les lieux sûrs du pays—Cette conclusion suffit à elle seule pour rejeter la demande de contrôle judiciaire—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)—Règles de la section du statut de réfugié, 1993, DORS/93-45.

SHERGILL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1907-02, 2003 CFPI 24, juge Pinard, ordonnance en date du 21-1-03, 5 p.)

CODE CIVIL

Requête de la créancière-saisissante, Sa Majesté la Reine, aux fins d'obtenir une ordonnance définitive de saisie-arrêt contre le tiers-saisi, Benoît Proulx—Il appert sans conteste que la créancière-saisissante est bien fondée à vouloir saisir-arrêter auprès du tiers-saisi les honoraires dus par ce dernier à la débitrice-saisie—La difficulté réside dans le montant que la créancière-saisissante peut réclamer du tiers-saisi—La créancière-saisissante soutient qu'elle est en droit de saisir-arrêter 30 % des sommes reçues par le tiers-saisi du Procureur général du Québec, et ce, en vertu d'une convention d'honoraires signée le 6 août 1997 entre le tiers-saisi et son procureur (la convention à 30 %)—L'art. 2863 du Code civil du Québec (CCQ) prévoit que les parties à un acte juridique constaté par écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve—En l'espèce, dès le moment où le tiers-saisi a reçu des sommes dans le cadre du litige l'opposant au Procureur général du Québec, il avait l'obligation d'en remettre un pourcentage à M^e Lawrence Corriveau—La Cour ne partage pas l'avis du procureur du tiers-saisi que donner suite à la convention de 30 % serait susceptible de donner un caractère de lucre et de commercialité à la profession d'avocats vu que le montant d'honoraires équivalent à 30 % de la somme reçus par le tiers-saisi ne serait pas proportionnel aux services rendus—Rien de concluant en preuve n'a été soumis à cet égard—La Cour considère que la créancière-saisissante est en droit de saisir arrêter 30 % de la somme que le tiers-saisi a reçue du procureur général du Québec puisque la convention d'honoraires la plus récente à la face même des conventions écrites et signées par le tiers-saisi et par feu Lawrence Corriveau est celle prévoyant les honoraires de 30 %—Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2863.

CORRIVEAU, SUCCESSION C. PROULX (ITA-691-02, 2003 CFPI 122, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 4-2-03, 8 p.)

COURONNE**PRÉROGATIVES**

Appel du rejet par la Section de première instance ((2001), 215 F.T.R. 293) d'un appel d'une ordonnance du protonotaire rejetant une requête visant la radiation de l'action intentée par l'intimé en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* enjoignant à la Direction des distinctions honorifiques (la DDH) de soumettre au Conseil des décorations canadiennes pour actes de bravoure la candidature présentée par l'intimé—L'intimé avait soumis la candidature de son père à une décoration en invoquant la participation de celui-ci au sauvetage de matelots américains en 1943—Le formulaire de mise en candidature disait que seuls les incidents survenus moins de deux ans avant la date de présentation étaient considérés—Le Conseil consultatif des décorations canadiennes (le Conseil) avait examiné les observations que l'intimé avait faites au sujet du délai de deux ans et avait décidé de suivre la pratique—Il avait rejeté la mise en candidature tel qu'il était prescrit—Il s'agissait de savoir si cette décision et cette politique constituaient un exercice de la prérogative royale, de sorte qu'elles n'étaient pas assujetties au contrôle judiciaire—Une question est normalement considérée comme non justiciable en l'absence de critères juridiques objectifs à appliquer ou de faits à apprécier aux fins du règlement de la question, soit des fonctions relevant normalement du pouvoir judiciaire—La question est également non justiciable si une autre branche du gouvernement est manifestement plus apte, dans notre système constitutionnel, à trancher l'affaire—Il est possible de soutenir que le Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996) constitue un ensemble de règles prévoyant des critères permettant à un tribunal judiciaire de déterminer si la procédure prescrite a été suivie—Cela crée une attente légitime que la procédure prescrite sera suivie aux fins de l'examen préalable des candidatures—Application des principes énoncés dans *Black c. Canada (Premier ministre)* (2001), 54 O.R. (3d) 315 (C.A.)—Le fait que le règlement a été promulgué en vertu de la prérogative royale ne fait pas des questions de conformité avec la procédure prescrite des questions ne relevant clairement pas du contrôle judiciaire—Le pouvoir du Conseil a son origine dans les lettres patentes qui prévoient que les décorations sont régies par le Règlement—Les seuls critères, en ce qui concerne les actes de bravoure admissibles, sont énoncés aux art. 3, 4 et 5 du Règlement—Il n'y est manifestement pas question du délai dans lequel les candidatures doivent être soumises—L'intimé avait le droit, en vertu de l'art. 10, de désigner son père comme candidat à l'attribution d'une décoration pour acte de bravoure—Il n'est pas clair et évident que l'obligation du Conseil d'étudier une mise en candidature relève de la prérogative royale—Le Conseil ne participe pas à la décision finale relative à la question de savoir qui recevra une décoration pour acte de bravoure: il incombe au gouverneur général de le faire; il s'agit d'une prérogative

COURONNE—Fin

royale typique— La prérogative royale a été exercée lorsque les lettres patentes ont été délivrées en 1997—Il est possible de soutenir qu'en permettant le contrôle judiciaire du refus du Conseil d'examiner une mise en candidature, on reconnaît qu'une personne qui est capable de soumettre la candidature d'une autre personne possède certains droits procéduraux à l'examen de la candidature conformément au règlement dûment adopté—Même si l'avis final que le Conseil donne au gouverneur général et si la décision finale du gouverneur général ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire, cela ne devrait pas empêcher la Cour d'examiner la procédure et les critères suivis par le Conseil pour voir si le Règlement a été observé—Le protonotaire et le juge des requêtes ont eu raison de conclure qu'il ne convenait pas de radier la demande— Appel rejeté—Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996), C.P. 1997-123, Gaz. du Can. 1997.I.2091, art. 3, 4, 5, 10.

CHIASSON C. CANADA (A-216-02, 2003 CAF 155, juge Strayer, ordonnance en date du 24-3-03, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Principe du mérite*

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un comité d'appel de la Commission de la fonction publique (la CFP), selon laquelle le Bureau de la sécurité du transport (le BST) avait consenti des aménagements suffisants au demandeur, atteint de sclérose en plaques, en modifiant les conditions de l'examen pour le poste—L'art. 10 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, prévoit que les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite—La question de savoir si le comité d'appel a commis une erreur en affirmant que le BST avait conduit la procédure de sélection en conformité avec le principe du mérite a été décomposée en quatre sous-questions—1) Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en affirmant que le BST avait rempli son obligation de consentir des aménagements raisonnables au demandeur?— Le demandeur soutient que le BST n'avait pas apporté la preuve objective que les aménagements recommandés à l'origine par la spécialiste, et qui n'ont pas été retenus, auraient nui aux autres candidats du concours—Le président du comité d'appel avait cru déceler un «malencontreux malentendu» entre le BST et la spécialiste—La réponse à la question faisait intervenir la manière dont le BST avait réagi aux recommandations initiales de la spécialiste—Les normes génériques de sélection et d'évaluation de la CFP disent qu'une évaluation équitable ne requiert pas nécessairement que l'on utilise les mêmes méthodes d'évaluation ou sources d'information pour tous les candidats—Par exemple, il peut arriver, comme quelquefois lorsqu'il faut évaluer des candidats handicapés, que l'on doive

FONCTION PUBLIQUE—Suite

modifier les modalités d'évaluation pour assurer une évaluation équitable—La décision de recourir à une autre méthode d'évaluation doit également respecter les droits des autres candidats à une procédure d'évaluation équitable—Le point est de savoir quelle méthode d'évaluation est nécessaire pour garantir une sélection fondée sur le mérite—La décision finale relative aux aménagements qui étaient nécessaires dans le cas présent appartenait au BST—La spécialiste s'était attachée uniquement à définir les aménagements pouvant répondre aux besoins du demandeur, mais le BST devait également se demander quel effet aurait sur les autres candidats le recours à une méthode d'évaluation différente—À ce titre, le BST n'était pas tenu de suivre les recommandations de la spécialiste—Pour justifier sa décision de ne pas suivre les recommandations d'un spécialiste externe, il suffit à un ministre fédéral de démontrer que des difficultés auraient probablement surgi si les recommandations avaient été suivies—Finalement, il n'était pas nécessaire de recourir à une méthode d'évaluation différente puisque les besoins du demandeur avaient été adéquatement pris en compte à la faveur de modifications apportées aux modalités de l'examen —Le comité d'appel a validement jugé que le BST avait rempli son obligation d'apporter des aménagements—2) Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en affirmant que le demandeur n'avait pas écrit l'examen sous la contrainte (le demandeur croyait que, s'il n'acceptait pas la proposition qu'on lui faisait, le BST l'exclurait du concours)—Il était déraisonnable d'imaginer que le BST, après avoir appliqué les mesures proposées par la spécialiste, reprendrait sa quête d'aménagements acceptables sans savoir quoi d'autre était nécessaire—3) Le comité d'appel a-t-il commis une erreur en affirmant qu'il incombait au demandeur de faire connaître durant l'examen ses inquiétudes à propos des sources de distraction?—Il incombe à un candidat incommodé par le bruit de le signaler au jury de sélection—Le demandeur a attendu l'instruction de son appel pour signaler au jury de sélection l'existence de cette source de distraction—4) Le comité d'appel a-t-il manqué aux règles de la justice naturelle en excluant l'étude menée pour la Société nationale de la sclérose en plaques (le rapport Krupp)?—Les décideurs administratifs disposent en général de certains pouvoirs discrétionnaires concernant la preuve qui sera acceptée—Il est improbable que la Cour fédérale intervienne à moins que la décision du tribunal ne révèle un manquement à la justice naturelle—Vu que la demande était tardive et le fait qu'un sommaire avait déjà été produit, le président du comité d'appel a validement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a exclu le rapport Krupp—La décision n'a pas réduit l'aptitude du demandeur à présenter ses arguments—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10.

TREMBLAY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1201-01, 2003 CFPI 466, juge Kelen, ordonnance en date du 22-4-03, 26 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission)—La Commission avait statué que les candidats qui avaient terminé avec succès le Programme de perfectionnement du Service extérieur (le PPSE) et qui étaient tenus de recevoir une formation linguistique n'étaient pas des «fonctionnaires» au sens de l'art. 34 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique pendant qu'ils recevaient leur formation et qu'ils ne pouvaient donc pas être inclus dans l'unité de négociation représentée par la demanderesse—La Commission avait à sa disposition certains éléments de preuve clairs d'une entente formelle entre le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) et M^{me} Qureshi (un cas typique) selon laquelle cette dernière ne se verrait pas offrir un poste d'agente du Service extérieur dans le cadre du PPSE tant qu'elle n'aurait pas terminé avec succès sa formation linguistique—La Commission devait décider ce qui était nécessaire pour qu'une personne devienne un «fonctionnaire» au sens de l'art. 34—Il n'y a pas de place dans la construction juridique pour un fonctionnaire sans poste créé par le Conseil du Trésor et sans nomination par la Commission de la fonction publique: *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614—La Commission de la fonction publique avait délégué au MAECI le pouvoir de nommer les candidats aux postes d'agent du Service extérieur—Cependant, il n'existait aucun acte de nomination formel avant que les candidats terminent leur formation linguistique—Dans le cas de M^{me} Qureshi, une offre de nomination au poste d'agente du Service extérieur avait été envoyée et signée après que la candidate eut terminé avec succès sa formation linguistique—La demanderesse n'avait pu signaler aucun autre «acte de nomination» fixant la date de la nomination comme l'exigeait l'art. 22 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Par conséquent, la Commission avait appliqué les bons principes de droit en concluant que M^{me} Qureshi était devenue une employée de la fonction publique après avoir terminé sa formation linguistique—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 34—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 22 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 17).

ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES AGENTS DU SERVICE EXTÉRIEUR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-27-02, 2003 CAF 162, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 26-3-03, 15 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt relativement à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Existe-t-il une

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

politique claire et non équivoque selon laquelle lorsqu'un créancier n'essaie pas de recouvrer une créance, cette créance, bien qu'elle demeure exécutoire sur le plan juridique, doit être considérée comme n'étant plus exécutoire et servir à la réduction des pertes autres que les pertes en capital subies pour des années d'imposition antérieures, qui seraient par ailleurs déductibles dans le calcul du revenu imposable du contribuable pour les années suivantes?—Le ministre a prétendu que la politique de la Loi de l'impôt sur le revenu a été mal utilisée—La politique invoquée par le ministre doit être claire et non équivoque pour l'emporter sur les termes utilisés par le législateur—Compte tenu des éléments dont elle est saisie, la Cour n'est pas convaincue qu'il existe une politique claire et non équivoque que les créances qui ne sont pas éteintes sur le plan juridique doivent être considérées comme si elles l'étaient, parce que ces créances pourraient être recouvrées dans le futur—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 245.

CANADA C. JABIN INVESTMENTS LTD. (A-717-01, 2002 CAF 520, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 19-12-02, 4 p.)

PRATIQUE

Application—Contrôle judiciaire visant à interdire au ministre de prendre des mesures de perception—Le demandeur s'était vu refuser des déductions relatives à des placements dans une entreprise pétrolière et gazière—Il avait déposé des avis d'opposition—Par la suite, il avait signé avec le ministre une entente dans laquelle il acceptait que les oppositions soient tenues en suspens en attendant le prononcé d'un jugement dans une cause «type» similaire (*Global Communications c. Canada*, [1997] 3 C.T.C. 2499 (C.C.I.); (1999), 99 DTC 5377 (C.A.F.))—Une fois l'affaire type réglée, le ministre avait délivré un avis de ratification et avait exprimé l'intention de prendre des mesures de recouvrement—Le demandeur avait déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt—Le demandeur a soutenu que le ministre n'avait pas le droit de prendre des mesures de recouvrement pendant que l'appel était en instance—Il a soutenu que l'art. 225.1(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne l'emporte pas sur la suspension du recouvrement prévue à l'art. 225.1(3) lorsque le contribuable interjette appel contre la cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt parce que, pour que l'art. 225.1(5) s'applique, les questions dont la Cour de l'impôt est saisie doivent être les mêmes ou essentiellement les mêmes que les questions soulevées dans la cause type—Le demandeur a soutenu que les questions soulevées dans son appel étaient différentes de celles de la cause type—Il s'agissait de savoir si l'art. 225.1(5) l'emporte sur la suspension prévue par la loi à l'égard des mesures de recouvrement prises par le ministre lorsqu'un appel est interjeté devant la Cour de l'impôt—La disposition doit être interprétée dans le contexte de l'art. 225.1 dans son

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

ensemble—L'art. 225.1(5) donne au contribuable le choix en ce qui concerne les motifs pour lesquels il cherche à faire reporter les mesures de recouvrement—Le contribuable peut demander la suspension à l'égard d'un avis d'opposition ou d'un avis d'appel à la Cour de l'impôt, mais non à l'égard des deux—Cette disposition vise à permettre au contribuable de faire entendre au fond une opposition ou un appel fondés sur la même ou essentiellement la même question sans engager de frais—Le demandeur a conclu avec le ministre une entente selon laquelle il serait lié par la décision rendue dans une autre affaire—La similarité des affaires était une question sur laquelle le demandeur et le ministre devaient s'entendre—Le critère de la «similarité» est subjectif—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 225.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 184; ann. VII, art. 131; 1998, ch. 19, art. 225).

WEBSTER C. M.R.N. (T-2299-00, 2002 CFPI 1282, juge Heneghan, ordonnance en date du 10-12-02, 15 p.)

Appel interjeté par le défendeur d'une cotisation dans laquelle aucun montant n'est contesté—Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives aux cotisations et aux appels trouvent leur pendant dans la Loi sur la taxe d'accise et il n'existe, selon la Cour, aucune raison pour laquelle les principes régissant les appels interjetés de cotisations néant établies sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu ne devraient pas s'appliquer aussi aux appels interjetés en vertu de la Loi sur la taxe d'accise, à condition que ces principes valent tant pour les crédits de taxe sur les intrants et les remboursements que pour l'impôt à payer—En conséquence, un contribuable n'a pas le droit de contester une cotisation lorsque le fait pour lui d'obtenir gain de cause en appel soit ne changerait rien à l'impôt qu'il doit payer ou à son droit à un crédit de taxe sur les intrants ou à un remboursement, soit augmenterait le montant d'impôt qu'il doit payer—Lorsque le défendeur a soutenu qu'aucun montant n'était contesté, le juge de la Cour de l'impôt aurait dû appliquer la jurisprudence relative aux cotisations néant et annuler l'avis d'appel—L'appel interjeté d'une cotisation vise le résultat de la procédure suivie pour établir la cotisation et non la procédure elle-même—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BRUNER (A-475-02, 2003 CAF 54, juge Pelletier, jugement en date 30-1-03, 3 p.)

MARQUES DE COMMERCE**PRATIQUE**

La demanderesse et la défenderesse ont des marques déposées comprenant le mot «Jonathan»—Le fondement de la

MARQUES DE COMMERCE—Fin

requête en jugement sommaire de la défenderesse à l'encontre de l'action pour violation de marque de commerce et commercialisation trompeuse est l'arrêt récent dans l'affaire *Molson Canada v. Les Brasseries Oland Ltée* (2002), 59 O.R. (3d) 607 (C.A.)—Cet arrêt a appliqué la règle bien établie selon laquelle l'emploi d'une marque de commerce déposée constitue une défense absolue à l'encontre d'une action en commercialisation trompeuse—La question est de savoir si la défenderesse emploie ses marques de commerce, c.-à-d. si elle «s'écarte pour l'essentiel» des marques déposées ou si elle emploie simplement les «éléments essentiels» de celles-ci—La Cour ne peut faire abstraction ni de l'état du registre ni de la confusion—Elle doit tenir compte de la réalité et elle doit prendre en compte toutes les circonstances de l'affaire, notamment de l'état du marché et du registre, les circonstances dans lesquelles la défenderesse emploie actuellement les marques «Jonathan G» et le fait qu'un tel emploi soit très similaire à l'emploi fait par la demanderesse de la marque déposée «Jonathan»—La question ne peut être tranchée qu'à l'issue d'un procès, au cours duquel le juge examinera la preuve et décidera si l'emploi fait par la défenderesse constitue un écart sans importance par rapport à la marque déposée—Requête rejetée.

JONATHAN, BOUTIQUE POUR HOMMES INC. C. JAY-GUR INTERNATIONAL INC. (T-486-98, 2003 CFPI 106, juge Hugessen, ordonnance en date du 30-1-03, 4 p.)

RADIATION

Demande en vue de faire radier du registre d'inscription la marque de commerce «Diplomat» enregistrée par l'intimée le 28 février 1991—L'appelant s'appuyait sur les art. 17(2) et 18(1)a) de la Loi sur les marques de commerce—Le juge des requêtes a rejeté la demande de radiation pour le motif qu'elle avait été faite après le délai de cinq ans prévu à l'art. 17(2)—Il n'y a pas eu d'appel sur cette conclusion—Le juge des requêtes n'a cependant pas traité du motif de radiation décrit à l'art. 18(1)a) concernant l'enregistrement qui serait invalide parce que la marque n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement—Ce motif de radiation n'est pas soumis à la prescription quinquennale établie à l'art. 17(2) et le juge des requêtes avait l'obligation de l'examiner—La décision du juge des requêtes est infirmée et le dossier est retourné à la Section de première instance pour nouvelle détermination—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 17, 18.

KELENDJIC. DIPLOMAT FULLHALTER GASELLSCHAFT KURZ & RAUCHLE GMBH & Co. KG (A-282-01, 2002 CAF 480, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 2-12-02, 3 p.)

PÉNITENCIERS

Appel portant sur la légalité de l'art. 71 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (le

PÉNITENCIERS—Suite

Règlement), qui permet de contraindre un détenu coupable d'une certaine infraction disciplinaire de fournir un échantillon d'urine tous les mois jusqu'à ce qu'il ait fourni trois échantillons négatifs successifs—Le 22 septembre 2000, l'appelant, un détenu, est l'objet d'une demande d'échantillon d'urine faite dans le cadre d'un programme de contrôle au hasard établi en vertu de l'art. 54*b*) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté conditionnelle (la Loi)—La prise d'échantillon doit être autorisée par une loi et le législateur doit s'assurer que la prise d'échantillons ne soit pas abusive—L'art. 71 du Règlement, selon l'intimé, est autorisé par l'art. 96*m*) de la Loi qui permet la prise de règlements précisant la procédure à suivre pour les analyses d'urine et les conséquences des résultats de ces analyses—L'art. 96*m*) ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir d'ordonner une prise d'échantillons d'urine, de réglementer un refus de fournir un échantillon, de créer une nouvelle infraction, d'imposer une sanction non plus de définir les conséquences d'une sanction—Dans ce contexte, l'art. 71 du Règlement constitue une peine ou une conséquence d'une peine non autorisée par l'art. 96*m*) de la Loi—L'obligation qu'il impose n'est donc non pas une conséquence du résultat d'une analyse d'urine, au sens de l'art. 96*m*) de la Loi, mais une conséquence d'une déclaration de culpabilité—Il crée implicitement une nouvelle infraction, celle d'avoir refusé de fournir l'échantillon d'urine demandé en vertu de cet article—Il ne précise pas par qui la fouille doit être autorisée ni par qui elle doit être effectuée—Pourtant, le législateur et le gouverneur en conseil ont expressément dit dans la Loi et le Règlement qui pouvait exercer ces pouvoirs—De plus, l'art. 71 ne précise pas quelles garanties procédurales sont données au détenu—Même en acceptant que ces garanties seraient implicitement celles que la Loi et le Règlement reconnaissent par ailleurs, on ne saurait lesquelles appliquer puisqu'elles varient selon l'article de la Loi en vertu duquel la fouille est faite—Il serait curieux que le Parlement ait voulu que le refus de fournir l'échantillon demandé en vertu des art. 54 et 55 constitue une infraction particulière et qu'il ait permis au gouverneur en conseil, implicitement, de faire d'un autre type de refus une infraction non pas de refus mais de désobéissance—La conclusion est incontournable, l'art. 71 du Règlement est *ultra vires* de la Loi habilitante—Appel accueilli et l'art. 71 du Règlement est déclaré *ultra vires*—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 54*b*), 55 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 15), 96*m*)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 71.

ROYER C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-17-02, 2003 CAF 25, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-1-03, 13 p.)

Appel d'une décision ([2002] 4 C.F. 144 (1^{re} inst.)) rendue sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision relative

PÉNITENCIERS—Suite

à la preuve rendue par un arbitre—La question était de savoir si le ministre devait présenter des éléments de preuve pour établir un des éléments des allégations contre l'intimé, savoir si l'intimé avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité—Le ministre a demandé qu'on rende une décision selon laquelle la question avait été tranchée par la section du statut de réfugié lorsqu'elle avait décidé que l'intimé ne pouvait revendiquer le statut de réfugié parce qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il avait commis un crime de droit international—L'arbitre a obligé le ministre à prouver tous les éléments des allégations—La décision d'un arbitre sur une question de droit relative à des éléments de preuve à être présentés ne peut devenir une question de compétence lorsque l'arbitre a compétence exclusive pour connaître et décider des questions de droit et de fait, y compris les questions de compétence, dans le cadre des procédures instruites devant lui: Loi sur l'immigration, art. 80.1—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 80.1 (édicé par L.C. 1992, ch. 49, art. 70).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. VARELA (A-141-02, 2003 CAF 42, juge Pelletier, J.C.A., ordonnance en date du 27-1-03, 3 p.)

Politiques du Service correctionnel du Canada (le SCC) qui s'appliquent aux détenus transsexuels—Demandes de contrôle judiciaire concernant la politique relative à l'inversion sexuelle chirurgicale et concernant la politique relative au placement des détenus transsexuels au stade préopératoire—Les deux demandes se rapportaient à une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) avait déclaré que les politiques étaient discriminatoires et avait ordonné au SCC d'élaborer de nouvelles politiques—Le tribunal avait conclu que le SCC n'avait pas justifié sa politique concernant le placement des détenus transsexuels parce que la politique ne reconnaissait pas la vulnérabilité spéciale de la population de détenus transsexuels au stade préopératoire—Question de savoir si le tribunal avait commis une erreur en se fondant sur une preuve constituée d'impressions pour conclure que les détenus transsexuels au stade préopératoire ne peuvent pas être placés dans des établissements destinés aux femmes—La preuve n'était pas constituée d'impressions—Il n'existe aucune règle déterminée qui s'applique à la nature et à la suffisance de la preuve tendant à justifier un acte discriminatoire—La demande de contrôle judiciaire de la décision relative au placement présentée par la Commission canadienne des droits de la personne a été rejetée—En ce qui concerne la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général au sujet de la politique du SCC relative à l'accès à l'inversion sexuelle chirurgicale, le demandeur a affirmé que le tribunal avait excédé sa compétence en concluant que l'inversion sexuelle chirurgicale

PÉNITENCIERS—Fin

était visée par la définition des «services de santé essentiels» au sens de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) et de la politique—En traitant de la question, le tribunal s'est conformé aux dispositions de la LSCMLC—Les soins de santé essentiels sont fournis aux détenus conformément à l'art. 86(1) de la LSCMLC—Il s'agit d'une disposition obligatoire—S'il est décidé que l'inversion sexuelle chirurgicale est essentielle, l'art. 86(1) s'applique—C'est précisément la décision que le tribunal a priseLa conclusion tirée par le tribunal ne constitue pas un excès de compétence—Demande de contrôle judiciaire rejeté—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 86(1).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1718-01, T-2034-01, 2003 CFPI 89, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 30-1-03, 32 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions infirmant la décision du tribunal de révision établi en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC), qui avait statué que la défenderesse n'était pas admissible à des prestations d'invalidité—Aux termes de l'art.42(2)a) du RPC, une personne est considérée comme invalide seulement si elle a une invalidité physique ou mentale «grave» et «prolongée»—Le terme grave qualifie une invalidité qui rend une personne «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice»—Le tribunal n'a pas été convaincu que la défenderesse répondait à ce critère—La Commission a accueilli l'appel—La Commission a commis une erreur de droit en déclarant que le critère applicable était celui de savoir si l'appelante était incapable d'occuper un emploi régulier—En vertu de l'alinéa 42(2)a), c'est l'incapacité, et non l'emploi, qui doit être régulière et l'emploi peut être toute occupation véritablement rémunératrice—La Commission place le critère d'une invalidité à un seuil trop bas, ce qui constitue une interprétation inexacte des conditions de la Loi—La Commission a fondé sa décision sur une conclusion de faits erronée qu'elle a tirée sans tenir compte des éléments dont elle disposait—La Commission disposait d'une preuve non contredite de trois médecins, dont aucun n'avait confirmé que la défenderesse était incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice—En fait, il existait une preuve indiquant que la défenderesse était capable de louer des appartements et d'assurer une partie de sa subsistance (c'est-à-dire le logement) en retour—Demande accueillie—Régime de pensions du Canada, LRC (1985), ch. C-8, art. 42(2)a) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. SCOTT (A-117-02, 2003 CAF 34, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 23-1-03, 5 p.)

PENSIONS—Fin

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission d'appel des pensions avait conclu que la défenderesse avait droit à une pension d'invalidité pour le motif qu'elle était atteinte d'une invalidité grave et prolongée au sens de l'art. 42(2)a)(i) du Régime de pensions du Canada—La Commission a une obligation d'origine législative de donner aux parties les motifs de sa décision conformément à l'art. 83(11)—En omettant d'expliquer pourquoi elle rejetait la masse fort considérable d'éléments de preuve apparemment dignes de foi indiquant que l'invalidité de la défenderesse n'était pas «grave», la Commission a omis de s'acquitter de l'obligation élémentaire qui lui incombait de prononcer des motifs suffisants à l'appui de sa décision—En l'absence d'indications, dans les motifs de la Commission, montrant que la preuve avait été analysée d'une façon valable, la décision ne peut pas être maintenue—La seule justification donnée par la Commission à l'appui de sa décision était qu'elle avait conclu que les témoignages de la défenderesse et du docteur Leung étaient dignes de foi—Cela ne saurait tenir lieu de «motifs», et ce, quelle que soit la norme qui s'applique pour ce qui est de la question de la suffisance—Le fait que la Commission d'appel des pensions se compose de juges en fonction et d'anciens juges nommés par le gouvernement fédéral indique que le législateur s'attendait à ce que des motifs plus détaillés que ceux que la Commission a prononcés en l'espèce soient donnés—La Cour n'est pas convaincue que la Commission ait commis une erreur de droit en paraphrasant le critère législatif, étant donné en particulier qu'elle avait déjà correctement énoncé le critère juridique applicable dans ses motifs—Néanmoins, il est généralement peu sage pour la Commission de formuler le critère juridique qu'elle applique en des termes autres que ceux qui figurent dans la loi—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)a)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12), 83(11) (mod., *idem*, art. 45).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. QUESNELLE (A-415-02, 2003 CAF 92, juge Evans, jugement en date du 20-2-03, 9 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Contrôle judiciaire portant sur le dépôt au Parlement, le 9 octobre 2002, du projet de loi C-7, Loi sur la gouvernance des premières nations, sans que ce dépôt ait été véritablement précédé d'une consultation des membres de la Confédération des premières nations du Traité numéro six, et des membres de la Confédération des premières nations du Traité numéro sept—Les défendeurs sollicitaient une ordonnance radiant l'avis de demande de contrôle judiciaire déposé par les demandeurs, au motif que cet avis ne révélait aucune cause d'action valable, selon ce que prévoit la règle 221 des Règles

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

de la Cour fédérale (1998)—À première vue, la règle 221 ne s'applique qu'aux actions et non aux demandes de contrôle judiciaire—Il était loisible à la Cour d'élargir par analogie les principes de la règle 221 aux demandes de contrôle judiciaire—Selon l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), le moyen direct et approprié de contester un avis de requête introductif d'instance que l'on estime sans fondement consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête elle-même—Trois points en litige: 1) Était-il manifeste et évident que la demande de contrôle judiciaire était vouée à l'échec? 2) La demande de contrôle judiciaire était-elle scandaleuse, frivole ou vexatoire? 3) La demande de contrôle judiciaire constituait-elle un abus de procédure?—Si la réponse à l'une des questions est affirmative, s'agit-il alors d'un cas «très exceptionnel» où une demande de contrôle judiciaire devrait être radiée?—Les demandeurs ont fait valoir qu'ils entretenaient, avant le dépôt du projet de loi, l'espoir légitime que de véritables consultations seraient engagées—Dans l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, la Cour suprême avait examiné le principe de l'expectative légitime—Le droit d'être consulté et l'obligation d'agir équitablement sont des questions qui ne relèvent pas de la compétence des tribunaux parce qu'elles visent à contester le processus législatif—Les tribunaux n'interviennent pas durant le processus législatif au Parlement et dans les législatures—La rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas—Réserves exprimées sur le raisonnement de la C.S.C. lorsque ce raisonnement est appliqué aux circonstances de la présente affaire—La Cour suprême a étendu la retenue que les tribunaux doivent montrer envers le Parlement, non seulement au processus parlementaire, mais aussi au processus législatif—L'extrait tiré de *La Constitution du Canada*, un ouvrage du sénateur G.-A. Beaudoin, parle du «processus législatif au Parlement», non d'une notion élargie du processus législatif tel que le comprenait la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*—L'énoncé du sénateur Beaudoin ne permet pas d'affirmer que la retenue judiciaire englobe la notion élargie—L'analyse de la Cour suprême, appliquée au sens large, conduirait les ministres de la Couronne à susciter chez les Premières nations, et peut-être aussi chez d'autres groupes, une expectative légitime dont ils ne pourraient être tenus comptables devant les tribunaux—Ce résultat serait alarmant si un autre recours n'était pas offert à des personnes telles que les demandeurs dans le cas présent—Au vu des circonstances de la présente affaire, il existe effectivement un autre recours, c'est-à-dire que les demandeurs pourraient présenter des griefs au comité parlementaire chargé d'engager des consultations sur le projet de loi—Même si cet autre recours, au lieu de la procédure habituelle, risque de ne pas plaire aux demandeurs, c'est le recours qui s'offre à eux, et la demande de contrôle

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

judiciaire n'a aucune chance de succès—Cette demande entre dans la catégorie restreinte et exceptionnelle des demandes de contrôle judiciaire qui devraient à juste titre être radiées—Demande radiée au motif qu'il est évident et manifeste qu'elle est vouée à l'échec—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/96-108, règle 221.

GRAND CHEF CHRIS SHADE DU TRAITÉ NUMÉRO SEPT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1934-02, 2003 CFPI 327, juge Gibson, ordonnance en date du 20-3-03, 19 p.)

ÉLECTIONS

Requête en vue d'obtenir une ordonnance interlocutoire ayant pour effet d'empêcher, en attendant la tenue d'une nouvelle élection, le chef et le conseil de prendre toute décision d'ordre opérationnel ou financier—Demandeur demandant à la Cour d'examiner des allégations de corruption électorale déjà examinées par le comité des appels, et de donner effet à une pétition des électeurs en déclarant vacants les postes du chef et de trois conseillers—La question de savoir si une injonction interlocutoire devrait être accordée en raison des manœuvres électorales frauduleuses alléguées—Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que les inconvénients et le préjudice susceptibles d'être subis si une injonction interlocutoire n'est pas accordée sont plus importants que ceux susceptibles de l'être par les premières nations d'Alexander—La prépondérance des inconvénients ne penche pas en faveur de l'octroi de l'injonction—La question de savoir si une mesure de redressement interlocutoire devait être accordée en raison de la pétition des électeurs—Le demandeur demande qu'une ordonnance de *quo warranto* et de *mandamus* soit décernée—De par leur nature, toutefois, ces recours ont un caractère définitif et ne peuvent donc être octroyés de manière provisoire ou interlocutoire—Confronté à cette difficulté, le demandeur demande qu'une mesure de redressement déclaratoire et les recours en *quo warranto* et en *certiorari* soient octroyés de manière définitive—Tout effort visant à obtenir une ordonnance de *quo warranto* ou de *certiorari* en se fondant sur la pétition existante des électeurs est vouée à l'échec pour deux motifs—Premièrement, le libellé de la pétition ne suffit pas pour faire valoir l'art. 33 du Règlement sur les élections coutumières pour le gouvernement tribal d'Alexander, puisqu'il n'est jamais déclaré dans la pétition que, de l'avis des signataires, les défendeurs individuels sont inaptes à demeurer en fonction en raison d'un comportement spécifique—Deuxièmement, on ne peut invoquer l'art. 33 pour contester indirectement l'issue d'un appel instruit par un comité des appels en vertu des art. 29 à 31—Requête rejetée.

PAUL C. PREMIÈRES NATIONS D'ALEXANDER (CONSEIL DES) (T-1712-02, 2003 CFPI 118, juge Dawson, ordonnance en date du 4-2-03, 18 p.)

PRATIQUE

Poursuites vexatoires—Appel d'une ordonnance qui avait été rendue en vertu de l'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale à la poursuite d'une requête présentée par Sa Majesté ([2002] 2 C.T.C. 79 (C.F. 1^{re} inst.)) et qui obligeait l'appelant à obtenir l'autorisation de la Cour pour introduire d'autres instances devant la Cour d'appel fédérale ou pour continuer devant elle les appels déjà interjetés—Huit des requêtes interlocutoires dont l'appelant a été débouté ont été portées en appel devant la Cour—L'appelant cherche à présenter des éléments de preuve consistant en des documents qu'il a récemment obtenus à la suite d'une demande faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Il s'agit de savoir si la décision du juge de première instance est entachée d'une erreur de droit ou d'une interprétation fautive des faits suffisamment graves pour justifier l'intervention de la Cour—En principe, le tribunal saisi d'un appel n'admet par les éléments de preuve que le plaideur aurait pu présenter au tribunal de première instance—Sa Majesté reconnaît que l'appelant n'avait pas reçu ces documents à temps pour les soumettre au juge de première instance—Ils devraient donc être acceptés à cette étape-ci s'ils permettent effectivement de trancher la question en litige en appel ou si l'intérêt de la justice commande leur admission—Il n'y a toutefois dans ces documents rien qui se rapporte à la question de savoir si l'appelant s'est comporté de manière qui justifierait de prononcer contre lui l'ordonnance visée à l'art. 40 de la Loi—Il n'y a donc aucune raison d'admettre ces éléments dans le cadre de l'appel—La requête en admission de nouveaux éléments de preuve est rejetée—L'appelant soutient que, pour que la Cour puisse rendre l'ordonnance prévue à l'art. 40 de la Loi, il faut que la personne visée ait présenté une demande introductive d'instance, et non une requête interlocutoire—L'art. 40 parle simplement de «requête»—Ce terme est suffisamment large pour englober tant les demandes que les requêtes introductives d'instance—En principe, la requête présentée en vertu de la règle 369 des Règles de la Cour fédérale (1998) est jugée sur dossier, sauf si le juge est convaincu que l'affaire nécessite la tenue d'une d'audience—La seule raison invoquée par l'appelant pour justifier sa demande d'audience est le fait qu'il souhaite contre-interroger la déclarante au sujet de son affidavit, ainsi que l'avocat de Sa Majesté—Mais comme il n'a pas souscrit d'affidavit, l'avocat de Sa Majesté ne pourrait être contre-interrogé sur quoi que ce soit—Les seuls faits relatés dans l'affidavit qui se rapportent à la requête présentée par Sa Majesté en vertu de l'art. 40 sont des faits non contestés—Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur dans la façon dont il a tranché la requête présentée par Sa Majesté en vertu de la règle 369—La façon dont se sont déroulées les diverses instances démontre à l'évidence que l'appelant a choisit de faire valoir ses prétentions contre Sa Majesté de façon abusive—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en rendant l'ordonnance frappée d'appel—Appel rejeté—Règles de la

PRATIQUE—Suite

Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 369—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 40 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 11)—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.

NELSON C. CANADA (A-88-02, 2003 CAF 127, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-3-03, 13 p.)

FRAIS ET DÉPENS

La Cour a reconnu Apotex et M. Sherman coupables d'outrage au tribunal—Les parties ont eu pour instruction de fournir leurs observations concernant le montant forfaitaire approprié par les dépens—Les demanderesse ont proposé un mémoire de frais, pour les honoraires professionnels et les débours, dont le montant total s'élevait à 2 290 066,70\$—La défenderesse a proposé que les dépens soient fixés au montant de 822 776,70 \$, soit 825 000,00 \$ moins la TPS—L'adjudication des dépens sur une base avocat-client vise à indemniser entièrement les demanderesse pour les frais engagés raisonnablement—Pour fixer les dépens, la Cour doit examiner soigneusement les montants réclamés eu égard à la quantité de travail raisonnablement requis—Le caractère raisonnable est évalué en fonction de cinq facteurs—Premièrement, les dépens devraient refléter l'importance des facteurs pertinents énumérés à la règle 400(3) des Règles de la Cour fédérale (1998): le résultat de l'instance, l'importance et la complexité des procédures ainsi que l'intérêt public—Deuxièmement, les réclamations pour les services des divers avocats qui s'élèvent en l'espèce à près de 31 000 \$ pour les travaux préparatoires au procès pour outrage ne sont pas recouvrables sans explications—En l'espèce, aucune explication réelle n'a été fournie—Troisièmement, les dépens ne devraient pas comprendre des frais qui sont insuffisamment justifiés—Quatrièmement, ils devraient comprendre des montants de frais raisonnables pour les honoraires compte tenu des services fournis dans des limites raisonnables—Cinquièmement, le montant fixé devrait tenir compte de la dualité du rôle des demanderesse, soit non seulement de soutenir l'autorité et la dignité de la Cour, mais également de protéger et de préserver leurs propres droits de propriété intellectuelle—En l'espèce, les frais de Merck comprennent des honoraires d'avocat équivalant à plus de 19 mois de 250 heures de travail de préparation—Ce montant dépasse largement les frais raisonnables devant être assumés par les défendeurs—Les dépens raisonnablement engagés ont une limite—Dans tous les cas, les défendeurs ne devraient pas avoir à payer un montant de frais déraisonnable—Par conséquent, la Cour a fixé les dépens à 1 500 000 \$—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400.

MERCK & CO INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, 2002 CFPI 1210, juge MacKay, ordonnance en date du 22-11-02, 19 p.)

PRATIQUE—Suite

La demanderesse a soumis aux défendeurs, conformément à la règle 420(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), une offre de règlement d'un montant de 98 988,50 \$CAN en règlement complet et final de la présente affaire en principal, intérêts et dépens—La somme de 82 139,76 \$CAN a été accordée à la demanderesse avec intérêts—En date du 30 novembre 2002, la demanderesse avait droit à la somme de 108 488,14 \$CAN—L'offre de règlement de la demanderesse constitue-t-elle une offre valable qui satisfait aux exigences des Règles, lui donnant ainsi droit au double des dépens?—L'offre de règlement de la demanderesse était claire et sans équivoque et exigeait uniquement une réponse de la part des défendeurs—Elle comportait par ailleurs un élément de compromis puisqu'elle permettait une renonciation aux intérêts et dépens si l'offre est acceptée—En l'espèce, l'affidavit et l'affidavit complémentaire de l'expert des défendeurs ont été déposés le 15 août 2002, près de deux mois avant l'offre de règlement—L'affidavit souscrit par l'expert de la demanderesse a été déposé le 13 septembre 2002, quelques semaines avant l'offre—Il est évident que la plus grande partie des préparatifs effectués en vue du procès étaient terminés longtemps avant la présentation de l'offre de règlement—Bien que l'offre de la demanderesse constitue effectivement une offre valable qui satisfait aux exigences des Règles, je suis d'avis qu'une application stricte de la règle 420 (droit au double des dépens) serait excessive eu égard aux circonstances de l'espèce—Les demanderesse ont droit aux dépens entre parties accumulés jusqu'à la date de la signification de l'offre de règlement et, après cette date, à 150 % des dépens entre parties accumulés par la suite, à l'exclusion des débours—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 420(1).

KIRGAN HOLDINGS S.A. C. *PANAMAX LEADER LE* (T-1684-99, 2003 CFPI 80, juge Blais, ordonnance en date du 27-1-03, 10 p.)

Droit des témoins à une indemnité de déplacement en classe affaires pour un interrogatoire préalable—Droit à un indemnité de déplacement en classe économique quelle que soit la longueur et la durée du voyage—La durée du vol et les circonstances peuvent justifier une indemnité de déplacement en classe affaires—En l'espèce, le voyage en classe affaires se justifie—Un voyage en classe affaires entre l'Inde, Singapour et Vancouver est raisonnable—Un tel mode de voyage privilégié n'est pas toujours justifié—Le témoin a droit à une indemnité de voyage en classe affaires.

GOODMAN YACHTS LLC C. *GERTRUDE OLDENDORFF* (LE) (T-283-00, 2002 FCT 1168, notaire Hargrave, ordonnance en date du 8-11-02, 3 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Le demandeur sollicitait une ordonnance prorogeant le délai de 30 jours dans lequel il pouvait interjeter appel—L'omission

PRATIQUE—Suite

de déposer l'avis d'appel en temps opportun était attribuable à un malentendu survenu au sujet du calcul du délai—La controverse réelle dans la requête se rapportait à la question de savoir s'il existait une question défendable susceptible de faire l'objet d'un appel et, dans l'affirmative, si l'intérêt de la justice militait en faveur de la prorogation du délai—Dans son dossier de requête, le demandeur tente de satisfaire à la question de savoir s'il existe une question défendable susceptible de faire l'objet d'un appel en se reportant uniquement à son avis d'appel—L'avis d'appel énonce 12 erreurs que le juge de première instance aurait censément commises, ces erreurs appartenant à quatre catégories—L'avis d'appel fait plus que de démontrer simplement l'existence d'un appel—Il fournit également des détails au sujet des erreurs qui auraient censément été commises et, eu égard aux faits de l'espèce, il est suffisant pour qu'il soit possible de conclure à l'existence d'un fondement défendable justifiant l'appel—Il s'agissait enfin de savoir si l'intérêt de la justice exigeait qu'une prorogation de délai soit accordée—Compte tenu de tous les facteurs susmentionnés et des circonstances de l'affaire dans leur ensemble, l'intérêt de la justice militait en faveur de l'octroi d'une prorogation du délai prévu afin de permettre le dépôt de l'avis d'appel—Requête accueillie.

TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION C. *TELUS MOBILITY* (T-425-02, 2003 CFPI 253, juge O'Reilly, ordonnance en date du 28-2-03, 7 p.)

Dépôt très tardif par le demandeur de sa demande de contrôle judiciaire—Bien qu'il soit inhabituel pour la Cour de proroger le délai fixé pour le dépôt dans de telles circonstances, il semble, sur le vu de l'affidavit, que le demandeur n'a été bien servi ni par la Commission d'appel des pensions, ni par son député, ni par le personnel du cabinet ministériel, ni par le personnel du Ministère—La Commission n'a informé le demandeur ni de son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour ni du délai applicable pour la présentation de sa demande—Elle ne l'a informé de son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire qu'environ cinq mois après l'extinction de ce droit—Le demandeur a plutôt demandé l'aide de son député—La réponse que le ministre du Développement des ressources humaines a fait parvenir au député reprend principalement les règles générales applicables, mais ne fait mention ni du droit de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale ni des délais applicables pour le faire—Le demandeur a été malavisé de recourir à un député pour tenter de faire modifier la décision d'un tribunal indépendant, mais le demandeur a en tout temps démontré l'intention de faire réviser la décision de la Commission—Le demandeur est autorisé à donner suite à sa demande de contrôle judiciaire.

MITCHAM C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (A-616-02, 2003 CAF 70, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du 7-2-03, 3 p.)

PRATIQUE—Suite**PARTIES***Intervention*

Appel de l'ordonnance du juge des requêtes accordant au Native Council of Nova Scotia le droit d'intervenir sur les questions de non-représentation des Indiens non inscrits et des Indiens hors réserve et des répercussions sur ces personnes de la Loi sur les Indiens et de leur dispersion de leurs territoires traditionnels—Les avocats n'ont pas expliqué en quoi l'affaire soulève des questions quant à la Loi sur les Indiens ou les répercussions sur ces personnes de leur dispersion de leurs territoires traditionnels—Rien dans les actes de procédure ne soulève ces questions—De plus, toute personne demandant le droit d'intervenir dans une instance doit expliquer de quelle manière elle désire participer à l'instance et en quoi sa participation aidera à la prise d'une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l'instance: Règles de la Cour fédérale, 1998, règle 109—L'affidavit souscrit à l'appui de l'intervenant ne satisfait aucunement aux exigences de la règle 109—Rien n'indique quel est l'intérêt du Council en l'instance, non plus que comment il pourrait aider à la prise de décision sur l'une ou l'autre des questions en cause—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règle 109—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

BANDE INDIENNE DE SHUBENACADIE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-257-01, 2002 CAF 512, juge Sexton, J.C.A., ordonnance en date 18-12-02, 3 p.)

Jonction

Requête déposée par 13 bandes indiennes Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse (les requérantes) afin qu'il leur soit permis de participer à l'instance—Les requérantes souhaitent faire partie des défendeurs dans l'instance en vertu de la règle 104(1)b des Règles de la Cour fédérale (1998) (les Règles), ou subsidiairement, que leur nom soit ajouté en tant qu'intervenantes avec plein droit de participation en vertu de la règle 109—Les demandeurs sont des Indiens vivant hors réserve, englobant à la fois des Indiens inscrits et non inscrits, qui sont titulaires de droits d'accès à l'intention des Autochtones et des Indiens visés par des traités (ATRA)—Les demandeurs prétendent que leurs droits ancestraux de pêcher certaines espèces aquatiques ont été défavorablement touchés par la décision des défendeurs de ne pas les consulter au cours de la négociation des accords de pêche—L'intérêt des requérantes dans l'instance découle de leur participation au processus de négociation des accords—Les requérantes souhaitent faire partie de l'instance pour les quatre raisons suivantes: (i) elles devraient participer à cette action en tant que parties; (ii) leur présence est nécessaire pour assurer le règlement efficace et complet de toutes les questions litigieuses dans l'instance; (iii) une décision en faveur des demandeurs touchera directement leurs droits juridiques; et (iv) une décision en faveur des

PRATIQUE—Fin

demandeurs touchera directement leurs intérêts financiers—La règle 104 prévoit que la Cour peut ordonner que soit constituée comme partie à l'instance toute personne dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige—Pour déterminer dans quelles circonstances la présence d'une personne est «nécessaire», la Cour a cité l'arrêt *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357, qui donne le sens de l'adjectif «nécessaire»—Il faut que la question en litige ne puisse être tranchée adéquatement et complètement sans qu'une personne soit constituée comme partie, et la réponse à la question en litige doit restreindre les droits juridiques de la personne qui veut participer à l'instance—La question de savoir si les défendeurs ont l'obligation de consulter les demandeurs quand ils négocient les accords ne peut être réglée complètement sans que les requérantes soient constituées comme défenderesses—Par conséquent, la Cour estime que la présence des requérantes est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance et elle ordonne que les requérantes soient constituées comme défenderesses dans l'action en vertu de la règle 104(1)b—La requête des requérantes en vue de participer à l'instance à titre de défenderesses est accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 104(1)b, 109.

MARTIN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-689-01, 2002 CFPI 1117, juge Kelen, ordonnance en date du 28-10-02, 14 p.)

PREUVE

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance ([2001] A.C.F. n° 1950 (QL)) rejetant les requêtes que les appelants avaient présentées en vue d'obtenir des ordonnances enjoignant à l'intimé de répondre à certaines questions—Le litige découlait de la saisie par le Canada, le 9 mars 1995, du chalutier espagnol *Estai* dans les eaux internationales à environ 240 milles à l'est du Canada—Les appelants affirmaient que l'intimé s'était livré à un achat de votes afin d'obtenir un pourcentage indu du total admissible des captures de flétan du Groenland—L'intimé s'était opposé aux questions portant sur l'allégation relative à l'achat de votes—L'intimé avait affirmé que la communication de documents et de renseignements fournis en réponse à la question serait préjudiciable aux relations internationales du Canada ou à la défense ou à la sécurité nationales au sens de l'art. 38(1) de la Loi sur la preuve au Canada—Le juge qui entend la demande de divulgation doit être convaincu que des raisons d'intérêt public justifient la divulgation conformément à l'art. 37(1) de la Loi —La divulgation était suffisamment importante pour exiger l'examen des renseignements—Afin de se prévaloir des art. 37 et 38 de la Loi, une partie doit démontrer qu'il existe une probabilité qu'un préjudice redouté résulte de la divulgation— Le dossier ne renfermait rien qui

PREUVE—Fin

montrait que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales du Canada— Les appelantes cherchaient à obtenir des renseignements qui n'étaient pas pertinents ou cruciaux lorsqu'il s'agissait de prouver la demande ou de se défendre—Appel accueilli, sous réserve du droit de l'intimé de déposer une nouvelle attestation à l'appui des oppositions portées au sujet des questions d'«achat de votes»—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38 (mod., *idem*).

JOSE PEREIRA E. HIJOS, S.A. C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (A-3-02, 2002 CAF 470, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 25-11-02, 17 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Appel de l'ordonnance du protonotaire enjoignant au demandeur de fournir un cautionnement pour les dépens conformément à la règle 416 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour le motif qu'il y avait lieu de croire que la demande était frivole ou vexatoire—Le demandeur était président de Pharma Communications Group Inc. (Pharma)—Le rapport du Commissaire à la protection de la vie privée découlait d'une plainte du demandeur selon laquelle les pratiques d'IMS Health Canada (IMS) en matière de collecte de renseignements allaient à l'encontre de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques—Pharma et IMS étaient des concurrents qui s'occupaient de la collecte et de l'analyse de données relatives aux médicaments d'ordonnance et de renseignements statistiques sur les soins de santé—Le demandeur avait déclaré qu'IMS achetait des renseignements tirés d'ordonnances à l'insu ou sans le consentement du médecin prescripteur—Le Commissaire à la protection de la vie privée avait conclu que les renseignements recueillis par IMS n'étaient pas des renseignements personnels concernant des médecins et qu'ils n'étaient donc pas protégés par la Loi—Le demandeur avait demandé l'examen de la décision du Commissaire à la protection de la vie privée—Le Commissaire à la protection de la vie privée était intervenu pour présenter des arguments au sujet de la nouvelle législation sous-tendant la demande à l'audition de la requête d'IMS visant la radiation de l'instance ou l'obtention d'une ordonnance enjoignant au demandeur de fournir un cautionnement pour les dépens—IMS avait soutenu que la demande avait été présentée pour un motif illégitime et que le demandeur tentait d'abuser de la procédure de la Cour en utilisant les procédures d'examen de la Loi pour promouvoir ses intérêts commerciaux plutôt que pour protéger des renseignements personnels—Le protonotaire avait conclu que le demandeur avait abusé de la procédure de la Cour; cela ne suffisait pas pour radier la demande, mais justifiait la fourniture d'un cautionnement pour dépens—Le protonotaire

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

avait conclu qu'une question commerciale était à l'origine du litige—Il avait noté qu'il n'existait aucune décision portant sur la question de savoir si la Loi s'étend aux litiges de nature commerciale—La Loi établit un code visant à protéger les renseignements personnels et énonce les règles qui s'appliquent aux organisations privées dans le cadre d'activités commerciales—En se fondant sur la jurisprudence dans le domaine de la faillite, le protonotaire avait dit que l'utilisation de la Loi à des fins qui pourraient être irrégulières, c'est-à-dire en vue de l'obtention d'un avantage commercial, n'était pas une utilisation juste et honnête de la procédure de la Cour et que cela était donc frivole et vexatoire—Le protonotaire avait conclu qu'il semblait y avoir lieu de croire que la Loi était utilisée à des fins indirectes irrégulières—Le Commissaire à la protection de la vie privée craignait que le protonotaire se soit prononcé sur le droit du demandeur de présenter une demande—Il avait soutenu qu'aucune disposition de la Loi ne limitait le droit de déposer une plainte aux personnes directement touchées; il n'y avait rien qui interdise à une personne représentant une entreprise de déposer une plainte—L'appel se rapportait à la question de savoir s'il y avait lieu de croire que la demande était frivole et vexatoire—Les mots «il paraît évident que l'action est frivole ou vexatoire» donnent lieu à l'application d'une norme différente moins rigoureuse que celle qui s'applique à la radiation d'un acte de procédure—La norme de preuve devrait être la même que la norme de preuve contenue dans l'expression «motifs raisonnables de croire» qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi—Le protonotaire avait commis une erreur de droit et avait mal interprété la Loi en concluant qu'il y avait lieu de croire que la demande visait une fin irrégulière, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une tentative pour bénéficier d'un avantage commercial—La conclusion du protonotaire était peut-être également attribuable au fait que celui-ci ne savait pas trop qui était le plaignant devant le Commissaire à la protection de la vie privée—Le plaignant n'était pas Pharma Communications, mais un particulier qui avait le droit de demander une audience devant la Section de première instance de la Cour fédérale s'il avait été conclu que la plainte n'était pas fondée importe peu que les renseignements personnels concernant le demandeur n'aient pas été en jeu—La Loi établit un code de conduite qui s'applique aux organisations qui recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales—Il s'agit d'une loi de réglementation—Elle établit les modalités d'application au moyen de plaintes d'une requête et d'un rapport du Commissaire à la protection de la vie privée et d'un droit d'appel à la Cour fédérale—La demande visait l'obtention d'une décision au sujet de la question de savoir si les pratiques d'IMS étaient conformes au droit—Il importe peu que le demandeur soit président de

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS—Suite**

Pharma Communications, un concurrent d'IMS—Le législateur n'envisageait pas d'empêcher un concurrent d'avoir accès aux mécanismes d'application de la Loi—IMS n'avait pas droit à un cautionnement pour dépens—Appel accueilli—Loi sur la protection des renseignements personnels et les

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS—Fin**

documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 416(1)g.

MAHEU C. IMS HEALTH CANADA (T-1967-01, 2003 CFPI 1, juge Lemieux, ordonnance en date du 3-1-03, 27 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada

— Publishing

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:

Communication Canada

— Édition

Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9