



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2002, Vol. 3, Part 1

2002, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2002] 3 F.C., 3-219

Renvoi [2002] 3 C.F., 3-219

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
WILLIAM J. RANKIN, 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 Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS 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, 2002.

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 Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.

ARRÊTISTES

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

Arrêtiſtes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
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, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* 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, 2002.

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 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) 995-2706.

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 as well as a feature "Coming Attractions" (an awareness service being brief notes on decisions selected for reporting) may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests D-1
Appeals Noted I

Canada v. Canadian Pacific Ltd. (C.A.) 170

Income Tax — Income Calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision borrowing of Australian dollars arranged primarily for *bona fide* business purposes other than to obtain tax benefit — Income Tax Act, s. 245(2) providing where transaction avoidance transaction, tax consequences shall be determined in order to deny tax benefit that, but for s. 245, would result from transaction, series of transactions — S. 245(3) defining "avoidance transaction" as any transaction, part of series of transactions, that, but for this section, would result directly or indirectly in tax benefit, unless transaction reasonably considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purpose other than to obtain tax benefit — Taxpayer issuing debentures in Australian dollars, immediately converting proceeds into Canadian dollars, contracting with financial institutions to secure future delivery of foreign exchange necessary to make interest payments under terms of debentures, retire principal — Cost in Canadian dollars to repay principal locked in, less than amount received in exchange for Australian dollars even though Australian interest rates higher because Australian inflation rates higher when debentures issued, value of Australian dollar declining in relation to Canadian dollar

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'arrétiste 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, ainsi que la rubrique «Bientôt à l'écran» (annonces, au moyen de brèves notes, des décisions choisies pour publication) peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1
Appels notés I

Canada c. Canadien Pacifique Ltée (C.A.) 170

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel dirigé contre une décision de la C.C.I. selon laquelle les emprunts en dollars australiens avaient été effectués principalement pour des objets commerciaux véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal — L'art. 245(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que, lorsque l'opération est une opération d'évitement, les attributs fiscaux doivent être déterminés de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans l'art. 245, découlerait de l'opération ou de la série d'opérations — Selon l'art. 245(3), l'opération d'évitement s'entend soit de l'opération, soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans cet article, découlerait directement ou indirectement un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables, l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considéré comme un objet véritable — Le contribuable avait émis des débetures en dollars australiens, puis avait converti immédiatement le produit en dollars canadiens, pour conclure ensuite des ententes avec des établissements financiers en vue d'obtenir la livraison future des devises nécessaires aux paiements périodiques d'intérêts prévus par les débetures et au remboursement du principal à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Taxpayer deducted cost in Canadian dollars of interest required to be paid under debentures — Minister disallowing part of deduction as payment on account of principal — Assuming deduction of disallowed interest artificially reducing taxpayer's income, invoking s. 245 — Application of *OSFC Holdings Ltd. v. Canada* to determine whether s. 245 applied — Taxpayer reaped two tax benefits: (1) interest expenses deducted earlier than offsetting capital gains included in income; (2) because capital gains taxed at lower rate than interest expenses, taxpayer able to reduce taxable income, reduce tax liability — Next step to determine primary purpose to ascertain whether avoidance transaction — "Primary purpose" implying possibly more than one purpose; necessary to consider transaction as whole — Could not separate currency of borrowed funds, borrowing into two transactions — Not argued T.C.C. applied wrong test in determining Australian dollar borrowing for business purposes, nor made palpable, overriding error in finding primary purpose other than tax benefit — Minister's argument abuse of Act as whole failed as depended upon recharacterizing interest payments as capital, but s. 245 permitting such recharacterization only after avoidance transaction established, and that otherwise misuse, abuse.

Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs) (T.D.) 24

Crown — Prerogatives — Expulsion of diplomats matter of Crown prerogative and immune from judicial review.

Administrative Law — Judicial Review — Expulsion of diplomats matter of Crown prerogative and immune from judicial review — *Persona non grata* declaration not legal issue but one remaining in political arena — Diplomatic note not decision — Applicant, in Canada only in representative capacity, lacking independent status, therefore without standing to challenge Minister's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'échéance — Le coût en dollars canadiens des devises nécessaires au remboursement du principal fut donc bloqué et il était inférieur au produit, en dollars canadiens, reçu par le contribuable en échange des fonds australiens, même si les taux d'intérêt australien étaient plus élevés, et cela parce que le taux d'inflation en Australie était plus élevé au moment de l'émission des débetures, et parce que la valeur du dollar australien se dépréciait par rapport au dollar canadien — Le contribuable avait déduit le coût, en dollars canadiens, des intérêts devant être payés sur les débetures — Le ministre a refusé une partie de la déduction parce qu'elle reflétait des remboursements de principal — Invoquant l'art. 245, le ministre a considéré que la déduction des intérêts ainsi refusés réduirait artificiellement le revenu du contribuable — Application de l'arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Sa Majesté la Reine* pour savoir si l'art. 245 était applicable — Le contribuable avait recueilli deux avantages fiscaux: 1) les intérêts débiteurs ont été déduits du revenu au cours de périodes fiscales plus immédiates que celles où les gains en capital compensatoires ont été inclus dans le revenu; 2) comme les gains en capital sont imposés à un taux inférieur à celui auxquels les intérêts débiteurs sont déductibles, le contribuable a pu réduire son revenu imposable et par conséquent réduire son assujettissement à l'impôt — Il fallait ensuite déterminer l'objet principal pour savoir s'il y avait eu opération d'évitement — Il peut y avoir plus d'un objet dans l'objet principal; il est nécessaire d'examiner l'opération dans son intégralité — Il était impossible de séparer en deux opérations la monnaie des fonds empruntés et l'emprunt lui-même — Il n'a pas été allégué que la C.C.I. avait appliqué le mauvais critère pour dire que l'emprunt en dollars australiens avait un objet commercial, ni que la C.C.I. avait commis une erreur manifeste ou fatale lorsqu'elle avait jugé que l'objet principal n'était pas l'avantage fiscal — L'argument du ministre selon lequel il y avait eu abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble n'était pas recevable parce qu'il impliquait une requalification des versements d'intérêts en remboursement du principal, mais l'art. 245 n'autorise une telle requalification qu'après qu'il a été établi qu'il y a eu opération d'évitement et qu'il y aurait par ailleurs abus.

Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères) (1^{re} inst.) 24

Couronne — Prerogatives — L'expulsion des diplomates relève de la prerogative royale et échappe au contrôle judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — L'expulsion des diplomates relève de la prerogative royale et échappe au contrôle judiciaire — Une déclaration de *persona non grata* n'est pas une question juridique, mais demeure dans l'arène politique — Une note diplomatique n'est pas une décision — Le demandeur était au Canada uniquement en tant que représentant et n'avait aucun

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

actions — Expulsion not administrative decision; applicant not deported and not owed duty of fairness.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Expulsion of diplomat — As Vienna Convention, Art. 9 (notification that mission member *persona non grata*) never implemented by Canadian legislation, not part of domestic law — Exclusion of Art. 9 can only mean Parliament intended expulsion of diplomats to remain matter of Crown prerogative, immune from judicial review — *Persona non grata* declaration not legal issue but one remaining in political arena.

Global Enterprises International Inc. v. Aquarius (The) (T.D.) 50

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Motion to strike out affidavit of claim — Polish trustee in bankruptcy requesting entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, be sent to Poland to form estate of bankrupt former owners of trawlers — Affidavit making it clear claim in bankruptcy — Nothing therein bringing claim within Court's jurisdiction — While trustee in bankruptcy may continue action of bankrupt, any proceedings by trustee in bankruptcy must begin in superior court of relevant province — Trustee not purporting to set out claim *in rem* or claim for anything other than claim in bankruptcy — Federal Court, as statutory court lacking jurisdiction in absence of statutory grant of jurisdiction by Parliament — No amendment would assist trustee — Affidavit struck out without leave to amend.

Practice — Affidavits — Motion to strike out affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — Affidavit in form of notarial deed, setting out bare statement given by trustee to notary in third person — Contained opinion, even legal opinion, with neither documentary verification of amounts claimed nor identification of creditors, sources of information — Generally, affidavits should not be struck out at preliminary stage — Affidavit breached Federal Court Rules, 1998, r. 80(1) requiring affidavits to be in first person — Also breached r. 81(1) allowing affidavits to be sworn on grounds of information and belief, with grounds provided — Failure to provide trustee's own evidence goes to weight to be

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

statut indépendant — Il n'avait pas la qualité nécessaire pour contester les mesures prises par le ministre — L'expulsion n'est pas une décision administrative; le demandeur n'est pas expulsé et aucune obligation d'équité ne lui est due.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Expulsion d'un diplomate — Étant donné que l'art. 9 (avis qu'un membre de la mission est *persona non grata*) de la Convention de Vienne n'a jamais été adopté par une loi canadienne, il ne fait pas partie du droit interne — L'exclusion de l'art. 9 ne peut que signifier que le législateur avait l'intention que l'expulsion des diplomates demeure une question de prérogative royale et échappe au contrôle judiciaire — La déclaration de *persona non grata* n'est pas une question juridique, mais demeure dans l'arène politique.

Global Enterprises International Inc. c. Aquarius (L') (1^{re} inst.) 50

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation — Syndic de faillite polonaise demandant que le produit de la vente de chalutiers abandonnés à Vancouver soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire des chalutiers — L'affidavit précisait bien qu'il s'agissait d'une réclamation en matière de faillite — Il n'y a rien dans l'affidavit qui ferait relever la réclamation de la compétence de la Cour fédérale — Bien que le syndic puisse poursuivre l'action entamée par le failli, toute instance entamée par le syndic doit être introduite devant la cour supérieure de la province en cause — Le syndic ne prétend pas soumettre une créance réelle ou une réclamation autre qu'une réclamation en matière de faillite — En tant que tribunal créé par la loi, la Cour fédérale n'a pas compétence en la matière, car le législateur fédéral ne lui a pas attribué une telle compétence en vertu de la loi — Aucune modification ne serait utile pour le syndic — L'affidavit est radié sans que le syndic soit autorisé à le modifier.

Pratique — Affidavits — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonaise en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire — Affidavit rédigé sous forme d'acte notarié relatant à la troisième personne une brève déclaration faite par le syndic au notaire — L'auteur de l'affidavit y exprime une opinion, et même des avis juridiques, sans justifier par des écrits les sommes réclamées, sans identifier les créanciers et sans préciser la provenance des renseignements — En règle générale, le tribunal ne devrait pas radier un affidavit d'entrée de cause — L'affidavit ne respecte pas l'art. 80(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), qui exige que les affidavits soient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

accorded to affidavit — Lack of documentary evidence could preclude any real cross-examination of creditors — But Federal Court recently applying principle that irregularity will not result in affidavit being struck unless moving party showing prejudice — Affidavit of so little substance, weight that no real prejudice might arise — Ought not to be struck on ground of procedural shortcomings but struck, without leave to amend, for want of jurisdiction.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Abuse of process — Affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — These proceedings involving determination of priorities to proceeds of sale — Affidavit referred to advertisement in Lloyd's List, giving notice to worldwide shipping community of trustee's view Federal Court sale illegal — Advertisement hampered sale of trawlers — Advertisement might constitute contempt of court but better considered abuse of process, particularly as trustee, while casting aspersions on Federal Court, invoking Court's process by claiming entitlement to entire proceeds of sale — Trustee also hampering efficient, orderly progress of action by not proceeding with appeals — Had affidavit of claim not been struck out for want of jurisdiction, would have been struck as abuse of process.

Maritime Law — Practice — Motion to strike out affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — These proceedings involving determination of priorities to sale proceeds — Only claims with respect to *res* should be permitted in priorities proceeding — Affidavit not alleging any of debts *in rem* or even in relation to trawlers themselves — Federal Court Act, s. 22 permitting admiralty jurisdiction of Federal Court to be exercised between subject and subject, as well as *in rem* pursuant to s. 43 — *In rem* proceedings founded on *in personam* liability of owner — No service on owner of trawlers, owner not appearing — Thus pure *in rem*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rédigés à la première personne — Il ne respecte pas non plus l'art. 81(1), qui permet à celui qui souscrit un affidavit de faire des déclarations fondées sur ce qu'il croit être les faits, avec motifs à l'appui — Le défaut du syndic de fournir la meilleure preuve a une incidence sur le poids à accorder à l'affidavit — L'absence de preuve documentaire risque d'empêcher la tenue d'un véritable contre-interrogatoire des créanciers — La Cour fédérale a récemment appliqué le principe qu'une irrégularité n'entraîne la radiation d'un affidavit que si le requérant réussit à démontrer qu'elle lui a causé un préjudice — L'affidavit du syndic a si peu de contenu et de poids qu'aucun véritable préjudice ne pourrait être causé — Il n'y a pas lieu de radier l'affidavit en raison de ces seules imperfections, mais l'affidavit est radié, sans autorisation de le modifier, pour défaut de compétence.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Abus de procédure — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonais en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire des chalutiers — La présente instance porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente — L'affidavit fait état d'un avis paru dans le registre de Lloyd pour informer l'industrie internationale des transports maritimes que la Cour fédérale agissait illégalement, de l'avis du syndic — Cet avis a empêché la vente des chalutiers — L'avis pourrait constituer un outrage au tribunal, mais il vaut mieux de le considérer comme un abus de procédure, d'autant plus qu'en plus de dénigrer la Cour fédérale, le syndic cherche encore à profiter de la tribune que lui offre la Cour en prétendant qu'il a droit à la totalité du produit de la vente en justice — Le syndic a aussi nui au déroulement efficace et ordonné de l'action en ne donnant pas suite à ses appels — Si l'affidavit n'était pas radié en raison du défaut de compétence de la Cour fédérale en matière de faillite, il le serait pour cause d'abus de procédure.

Droit maritime — Pratique — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonais en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire — La présente instance porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente — Seules les créances qui portent sur la chose sont admissibles dans le cadre d'une instance portant sur l'ordre de priorité des créanciers — Le syndic ne prétend pas dans son affidavit que les créances sont des créances réelles ou même qu'elles se rapportent aux chalutiers eux-mêmes — La Cour fédérale a compétence en matière personnelle, en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

proceeding, but no *in rem* facet to affidavit — Difference between apparent *in personam* claim made by affidavit, *in rem* claim required in order to partake in sale proceeds substantive matter — That trustee may have *in personam* claim irrelevant — Affidavit, lacking *in rem* claim, struck out as completely irrelevant.

Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc. (C.A.) 190

Maritime Law — Liens and Mortgages — Supply of marine lubricants in Canada to Canadian registered ships not giving rise to maritime lien under American maritime law, but merely to statutory right *in rem* under Canadian maritime law — Nature of maritime lien — Closest and most substantial connection test applied — Considering all connecting factors, Canadian law applicable, no maritime lien herein.

Conflict of Laws — Supply of marine lubricants in Canada to Canadian registered ships not giving rise to maritime lien under American maritime law, but merely to statutory right *in rem* under Canadian maritime law — Nature of maritime lien — No Canadian case law in which proper law of maritime lien determined — Castel's Canadian Conflict of Laws referred to — Closest and most substantial connection test applied — USSC decisions entitled to greatest respect — *Fraser Shipyard v. Expedient Maritime Co.* not determinative of choice of law issue — Need to accommodate legitimate state interests to be kept in mind in weighing and assessing various connecting factors — Considering all connecting factors, Canadian law applicable, no maritime lien herein.

Krishnapillai v. Canada (C.A.) 74

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Appellant, permanent resident originally recognized as Convention refugee, ordered deported as danger to public — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1)

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

vertu de l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale, de même qu'en matière réelle, aux termes de l'art. 43 — L'action réelle repose sur la responsabilité personnelle du propriétaire — Le propriétaire des chalutiers n'a reçu signification d'aucun acte de procédure et il n'a pas comparu — Il s'agit donc d'une action purement réelle, mais l'affidavit de réclamation du syndic ne comporte aucun aspect réel — La différence entre ce qui semble être une créance personnelle produite au moyen d'un affidavit et la créance réelle qui doit être produite pour pouvoir participer au partage du produit de la vente est une question de fond — Le fait que le syndic puisse faire valoir un droit de créance personnel n'a pas la moindre importance — L'affidavit du syndic, qui ne fait état d'aucune créance réelle, est tout à fait irrégulier.

Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc. (C.A.) 190

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — La fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à des navires immatriculés au Canada ne donne pas lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis, mais simplement à un droit réel d'origine législative en vertu du droit maritime canadien — Nature du privilège maritime — Application du critère du lien le plus étroit et le plus important — Compte tenu de l'ensemble des facteurs de rattachement, la loi applicable est celle du Canada et aucun privilège maritime n'existe en l'espèce.

Conflit de lois — La fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à des navires immatriculés au Canada ne donne pas lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis, mais simplement à un droit réel d'origine législative en vertu du droit maritime canadien — Nature du privilège maritime — Il n'existe aucune décision canadienne dans laquelle les règles de droit régissant le privilège maritime ont été énoncées — Renvoi à l'ouvrage de Castel intitulé Canadian Conflicts of Laws — Application du critère du lien le plus étroit et le plus important — Les décisions de la Cour suprême des États-Unis méritent le plus grand respect — La question du choix de la loi n'a pas été réglée dans l'arrêt *Fraser Shipyard c. Expedient Maritime Co.* — Il faut tenir compte de la nécessité d'accommoder les intérêts légitimes des États au moment de soupeser et d'évaluer les différents facteurs de rattachement — Compte tenu de l'ensemble des facteurs de rattachement, la loi applicable est celle du Canada et aucun privilège maritime n'existe en l'espèce.

Krishnapillai c. Canada (C.A.) 74

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'appellant, résident permanent reconnu à l'origine comme réfugié au sens de la Convention, a vu une mesure d'expulsion prononcée contre lui parce qu'il constituait un danger pour le public — Sa demande

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

unconstitutional denied without reasons — Prothonotary striking out subsequent action raising same issue, plus issue of constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — In dismissing appeal, Motions Judge holding s. 82.1 could not be attacked on basis infringed Convention on Status of Refugees, Arts. 16, 32 because those provisions not incorporated into domestic law — Art. 16 granting refugees “free access to courts of law” — Art. 32 prohibiting expulsion of Convention refugee except on grounds of national security or public order, and then only in accordance with due process of law — While not incorporated into domestic law, Canadian legislation implicitly not at odds with those provisions — Art. 16 implicitly recognizing refugees subject to procedures available in country in which have habitual residence — Not imposing on state obligation to make available to refugees most favourable procedures that can be put in place — Leave requirement usual procedure in Canadian law and accepted form of access to courts of country — No suggestion in Canada refugees not having free access to leave requirement procedure within meaning of Convention.

Practice — *Res Judicata* — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary’s decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, ss. 53(1), 82.1 — Motions Judge holding F.C.A. already decided s. 82.1 consistent with Charter, ss. 7, 12, constitutionality of s. 53 *res judicata* — For doctrine of issue estoppel to apply, same question must have been actually decided in first proceeding; must be clear from facts same issue decided; issue out of which estoppel said to arise must have been fundamental to decision arrived at in earlier proceeding — Decision re: leave not decision on merit — Particularly with respect to constitutional issue, judgment denying leave to seek judicial review without reasons not deciding issues raised by applicant on merit with certainty required by doctrine of *res judicata*.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary’s decision

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d’autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l’art. 53(1) de la Loi sur l’immigration, était inconstitutionnel s’est soldée par un rejet non motivé — Le protonotaire avait radié une action subséquente soulevant le même point, outre le point qui contestait la constitutionnalité de l’obligation d’obtenir une autorisation, en application de l’art. 82.1 — Rejetant l’appel, le juge des requêtes a estimé que l’art. 82.1 ne pouvait être contesté en raison de sa présumée incompatibilité avec les art. 16 et 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, parce que ces articles n’avaient pas été incorporés dans le droit interne — L’art. 16 donne aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux» — L’art. 32 de la Convention interdit l’expulsion de réfugiés au sens de la Convention si ce n’est pour des motifs de sécurité nationale ou d’ordre public, et alors uniquement d’une manière conforme à la procédure prévue par la loi — Bien que la Convention ne soit pas incorporée dans le droit interne, la législation canadienne n’est pas, du moins implicitement, contraire à ces dispositions — L’art. 16 reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle — Il n’impose pas à l’Etat l’obligation d’offrir aux réfugiés les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place — La procédure de demande d’autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est une forme acceptée d’accès aux tribunaux du pays — Il n’a pas été avancé qu’au Canada les réfugiés n’ont pas le libre accès à la procédure de demande d’autorisation selon ce que prévoit la Convention.

Pratique — *Res judicata* — Appel dirigé contre le rejet d’un appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité des art. 53(1) et 82.1 de la Loi sur l’immigration — Le juge des requêtes a estimé que la C.A.F. avait déjà décidé que l’art. 82.1 était conforme aux art. 7 et 12 de la Charte et que la question de la constitutionnalité de l’art. 53 était chose jugée — Pour que s’applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée, le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès; il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé; l’élément à l’origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès — Une décision qui accorde l’autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond — Surtout devant une question constitutionnelle, un jugement non motivé refusant l’autorisation de demander un contrôle judiciaire n’est pas un jugement dont on pourrait dire qu’il dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur et qu’il en dispose avec le niveau de persuasion qui s’attache au principe de l’autorité de la chose jugée.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel dirigé contre le rejet d’un appel à l’encontre de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

striking out statement of claim — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1) unconstitutional denied — Action subsequently commenced raising same issue, and also challenging constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — S. 82.1 providing no appeal from judgment denying leave — Parliament clearly intending to put end to challenge of determination under Immigration Act at early stage — Where leave denied, commencement of action raising issue that could have been raised in leave application indirect attempt to circumvent intent of Parliament and collateral attack on judgment denying leave — Appeal dismissed on ground action abuse of process.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, s. 82.1 on ground F.C.A. already holding consistent with Charter, ss. 7, 12 — S. 82.1 imposing requirement to obtain leave before commencing application for judicial review — Not imposing obligation to give reasons for denying leave — Judicial decisions not subject to requirement of giving formal reasons — Nothing in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* importing such requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review — Attack on constitutionality of leave requirement prescribed by s. 82.1 had no chance of success.

Mediterranean Shipping Co. S.A. Geneva v. Sipco Inc. (T.D.) 125

Maritime Law — Carriage of Goods — Action for recovery of unpaid ocean freight for carriage of nine containers — Earlier shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant alleging subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Pleading legal, equitable set-off as defence; counterclaiming for losses arising from breach of contract, negligence — Evidence, admissions establishing defendant owed plaintiff US\$30,150 for ocean freight — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of claim for damages as defence against claim for unpaid freight — Therefore

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la décision d'un protonotaire qui avait radié une déclaration — La demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration, était inconstitutionnel a été rejetée — Une procédure a par la suite été introduite qui soulevait le même point, et qui contestait aussi la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'art. 82.1 — L'art. 82.1 prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation — Le législateur fédéral avait manifestement l'intention de mettre un terme rapidement à la contestation d'une décision prise en vertu de la Loi sur l'immigration — Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation — Appel rejeté parce que l'action constituait un abus de la procédure.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, au motif que la C.A.F. avait déjà décidé que l'art. 82.1 était conforme aux art. 7, 12 de la Charte — L'art. 82.1 requiert d'obtenir une autorisation avant que ne soit introduite une demande de contrôle judiciaire — Il n'impose pas l'obligation de motiver le rejet de la demande d'autorisation — Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les tribunaux ne sont pas tenus d'exposer des motifs en bonne et due forme — Les attendus de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* n'emportent pas une telle obligation pour les décisions judiciaires où est refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire — La contestation de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'art. 82.1 n'avait aucune chance de succès.

Mediterranean Shipping Co. S.A. Genève c. Sipco Inc. (1^{re} inst.) 125

Droit maritime — Transport de marchandises — Action visant à obtenir le paiement du fret maritime dû pour le transport de neuf conteneurs — Cargaison de sept conteneurs maritimes de pneus antérieurement livré avec un manquant à l'arrivée — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — La défenderesse alléguait que son client lui avait réclamé des frais et notamment des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — La défenderesse plaidait en défense la compensation en common law et en *equity* et présentait une demande reconventionnelle pour les pertes subies en raison des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

defendant not entitled to set-off under equity — As contract not permitting set-off, legal set-off not available as defence — Plaintiff negligent in handling of seventh container, but counterclaim dismissed as damages not proven.

Maritime Law — Practice — In action for recovery of unpaid ocean freight, defendant pleading defence of set-off, counterclaiming for damages arising from breach of contract, negligence — Counterclaim not prescribed by Hague-Visby Rules, Art. III(6), discharging carrier from all liability in respect of goods unless suit brought within one year of delivery — One-year delay running from delivery, not discharge — Delivery taking place on day last piece of cargo actually or constructively delivered — Defendant says seventh container delivered in July 1998 — Defence and counterclaim filed in June 1999, within one year of delivery.

Maritime Law — Torts — Shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant, in action for unpaid freight, counterclaiming for damages due to negligence — Stating subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Hague-Visby Rules, incorporated into Canadian law by Carriage of Goods by Water Act, Art. III(2) requiring carrier to properly, carefully load, handle, stow, keep, care for, discharge goods carried — Duty at loading very broad — Principles of proof running through cases dealing with Rules reviewed — Plaintiff negligent in handling seventh container, but defendant shared part of responsibility when asked that bill of lading be signed even though not accurate — Plaintiff's responsibility not limited by limitation clauses in bill of lading as Art. III(8) making null, void any clause in contract of carriage relieving carrier from liability for damage to goods arising from negligence — Counterclaim failed, however, because defendant not proving damages.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Suivant la preuve et les faits admis, la défenderesse devait à la demanderesse 30 150 \$US pour le fret maritime — Sauf en cas de disposition contraire au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse ne pouvait donc invoquer la compensation en *equity* — Comme le contrat ne permettait pas la compensation, la défenderesse ne pouvait non plus invoquer le moyen de défense tiré de la compensation en vertu de la common law — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la demande reconventionnelle est rejetée parce que la défenderesse n'a pas prouvé ses dommages.

Droit maritime — Pratique — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a plaidé la compensation en défense et a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse — La demande reconventionnelle n'était pas prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby, dont l'art. III(6) décharge de toute responsabilité le transporteur à l'égard des marchandises, sauf si une action est intentée dans l'année de leur délivrance — Le délai d'un an commence à courir à compter de la livraison et non du déchargement — La livraison a lieu le jour où la dernière marchandise a été déchargée et a été effectivement livrée ou est présumée avoir été livrée — La défenderesse affirme que le septième conteneur a été livré en juillet 1998 — La défense et demande reconventionnelle a été déposée en juin 1999, avant l'expiration du délai d'un an de la livraison.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Cargaison de sept conteneurs de pneus arrivant avec un manquant — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite de la négligence de la demanderesse — Elle alléguait que son client lui avait réclamé des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — L'art. III(6) des règles de La Haye-Visby, incorporées au droit canadien par la Loi sur le transport des marchandises par eau, oblige le transporteur à procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises qu'il transporte — L'obligation imposée lors du chargement est très vaste — Examen des principes de preuve qui reviennent constamment dans la jurisprudence relative aux Règles — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la défenderesse a une part de responsabilité en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Equity — Defendant, in action for recovery of unpaid freight charges for carriage by sea, seeking set-off of damages for breach of contract, negligence in earlier carriage by sea when one container arriving late, resulting in storage, handling, re-inspection charges to defendant — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of damages as defence against claim for unpaid freight — Defendant not entitled to set-off under equity.

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

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Refusal of visa based on reasonable grounds to believe respondent engaged in acts of espionage, subversion against democratic governments, institutions or processes within meaning of Immigration Act, s. 19(1)(f)(i) — Provided intelligence to Embassy of People’s Republic of China on activities of Chinese student organization at Canadian university — Interpretation of “democratic government, institutions or processes”: not limited to institutions exercising political (governmental) authority; includes organized groups seeking through democratic means, to influence government policies and decisions.

Construction of Statutes — Interpretation of “democratic governments, institutions or processes” in Immigration Act, s. 19(1)(f)(i) — Words of Act to be read in entire context and in grammatical and ordinary sense harmoniously with scheme, object of Act and intention of Parliament — Words to be given broad meaning — Based on case law and plain dictionary meaning, “democratic government, institutions or processes” not limited to institutions exercising political (governmental) authority; includes organized groups seeking, through democratic means, to influence government policies and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

raison du fait qu’elle a demandé que le connaissance soit signé même s’il n’était pas exact — La responsabilité de la demanderesse n’est pas limitée par les clauses du connaissance, étant donné que l’art. III(8) des règles de La Haye-Visby déclare nulle et non avenue toute clause dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence — La défenderesse est toutefois déboutée de sa demande reconventionnelle parce qu’elle n’a pas prouvé ses dommages.

Equity — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime à la suite du transport par mer de marchandises, la défenderesse cherchait à opérer la compensation entre la créance de la demanderesse et les dommages qu’elle affirmait avoir subis par suite des manquements au contrat et de la négligence commis par la demanderesse lors d’un transport maritime antérieur au cours duquel un conteneur était arrivé en retard, ce qui lui avait fait subir des frais d’entreposage, de manutention et de réinspection — Sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse n’a pas le droit à une compensation en *equity*.

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

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Refus d’un visa fondé sur des motifs raisonnables de croire que l’intimé s’était livré à des actes d’espionnage et de subversion contre des institutions démocratiques au sens de la Loi sur l’immigration, art. 19(1)(f)(i) — L’intimé avait communiqué des renseignements à l’ambassade de la République populaire de Chine sur les activités d’une organisation étudiante chinoise au sein d’une université canadienne — Le sens de l’expression «institutions démocratiques» ne se limite pas aux institutions qui exercent un pouvoir politique (gouvernemental); il englobe les groupes organisés qui cherchent par des moyens démocratiques à influencer sur les politiques et décisions gouvernementales.

Interprétation des lois — Interprétation de l’expression «institutions démocratiques», dans l’art. 19(1)(f)(i) de la Loi sur l’immigration — Il faut lire les termes d’une 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 — Les mots doivent recevoir une large signification — Selon la jurisprudence et le sens courant, l’expression «institutions démocratiques» n’est pas limitée aux institutions exerçant un pouvoir politique (gouvernemental); elle comprend les groupes organisés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decisions.

Taylor v. Canada (Attorney General) (T.D.) .. 91

Administrative Law — Judicial Review — *Certiorari* — (1) Standard of Review — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson's decision to merely express disapproval of Judge's conduct, not take further action — Applying pragmatic, functional approach, standard of review "patent unreasonableness" — (i) Although Judges Act not containing privative clause, absence of appeal procedure suggesting intention decision to be left exclusively, finally to Council — (ii) Experience each judge bringing to Council unique — Council only body with statutory power to conduct inquiries, investigations into conduct of judges of superior courts, make recommendations leading to removal — Demonstrated experience in dealing with issues of judicial conduct — Unique, specialized experience militating in favour of high degree of deference — (iii) Deference warranted when statute calling for tribunal to exercise specialized and expert function, balance complex series of competing demands, exercise protective role regarding public, play role in policy development — Chairperson must consider large number of interlocking, interacting interests, considerations requiring application of expertise found only in members of Council — Had to weigh competing factors flowing from overarching principles of natural justice, fairness, protection of public interest, judicial independence — Judicial restraint on review indicated — (iv) Chairperson dealing with mixed question of fact, law — Rationale that less deference given on questions of law inapplicable as Chairperson, Council members familiar with issues of law — Chairperson must apply knowledge of law, unique expertise as chief justice to question of mixed law, fact involving consideration of number of polycentric issues — Reviewing court should exercise considerable deference in reviewing Chairperson's decision — (2) No duty of fairness owed complainant since none of criteria in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* met i.e. investigative, not adjudicative function; minimal right of participation by complainant who only has right to file complaint, be kept informed; Chairperson's decision not affecting complainant's rights — Regardless, duty of fairness met, based on application of five factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — (3) Chairperson not conducting improper reconsideration or "appeal" of his decision — Not raising reasonable apprehension of bias.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

qui cherchent, par des moyens démocratiques, à influencer sur les politiques et décisions gouvernementales.

Taylor c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 91

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — 1) Norme de contrôle — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Suivant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable était celle de la décision «manifestement déraisonnable» — (i) La Loi sur les juges ne renferme pas une clause privative, mais le fait que la Loi ne prévoit aucune procédure d'appel indique que le législateur voulait que la décision relève exclusivement et d'une façon définitive du Conseil — (ii) L'expérience que chaque juge apporte au Conseil est unique — Le Conseil est le seul organisme autorisé, en vertu de la loi, à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures et à faire des recommandations susceptibles d'entraîner la révocation d'un juge — Il a démontré avoir l'expérience voulue pour examiner les questions de conduite judiciaire — Son expertise unique et spécialisée milite en faveur d'un degré élevé de retenue — (iii) Il convient de faire preuve de retenue lorsqu'une loi exige qu'un tribunal exerce une fonction spécialisée ou une fonction d'expert, apprécie une série complexe de demandes contradictoires, joue un rôle protecteur vis-à-vis du public et joue un rôle en matière d'établissement des politiques — Le président doit examiner un grand nombre d'intérêts entremêlés et interdépendants et de facteurs exigeant l'application d'une expertise que seuls les membres du Conseil possèdent — Il devait apprécier divers facteurs contradictoires découlant des principes fondamentaux de la justice naturelle, de l'équité, de la protection de l'intérêt public et de l'indépendance judiciaire — Il faut faire preuve de retenue dans le cadre de l'examen de la décision — (iv) Le président devait régler une question de fait et de droit — La prémisse justifiant un degré moins élevé de retenue à l'égard des questions de droit ne s'appliquait pas car le président et les membres du Conseil ont acquis une connaissance des questions de droit — Le président doit appliquer sa connaissance du droit et l'expertise unique qu'il possède à titre de juge en chef à une question de fait et de droit qui comporte un examen d'un certain nombre de questions polycentriques — Le tribunal d'examen doit faire preuve d'énormément de retenue lorsqu'il examine la décision du président — 2) Il n'existe aucune obligation d'équité envers le plaignant puisque celui-ci ne satisfait à aucun des critères énoncés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, c.-à-d., l'existence de fonctions d'enquête plutôt que décisionnelles; une participation minimale du plaignant, qui a uniquement le droit de déposer une plainte et d'être informé; la décision du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Judicial Review — *Mandamus* — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson's decision to merely express disapproval of judge's conduct, not take further action — Applicant seeking to compel Chairperson to conduct full investigation into complaint against judge — Judges Act, Regulations, Canadian Judicial Council's by-laws not providing for mandatory formal investigation at request of complainant — As no public duty on Council, Chairperson to conduct full investigation at request of complainant, *mandamus* cannot issue.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson's decision to merely express disapproval of Judge's conduct, not take further action — Applicant relying on *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* for proposition Council, by condoning judge's actions (prohibiting male head cover in courtroom), vicariously violated applicant's Charter rights — *Robichaud* standing for proposition employer may be vicariously liable for actions of employee under Canadian Human Rights Act — Council neither Judge's employer nor exercising control over Judge that would engage vicarious liability for actions — Independence of judiciary fundamental constitutional principle — Judge's acts, comments not engaging liability of Council — Evidence not supporting contention Chairperson condoning Judge's action.

Judges and Courts — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson's decision to merely express disapproval of Judge's conduct, not take further action — Council's by-laws specifically permitting Chairperson to express disapproval of judge's conduct in closing complaint file when impugned conduct insufficient to warrant judge's removal, and judge recognizing conduct inappropriate, improper — Chairperson followed letter, spirit of by-laws in every respect — No support in fact, law for allegation to contrary — Chairperson's decision reasonably open to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

président n'influe pas sur les droits du plaignant — Néanmoins, cette obligation d'équité a été respectée à la lumière de l'application des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — 3) Le président n'a pas effectué un réexamen irrégulier ou n'a pas procédé à un «appel» irrégulier de la décision qu'il avait prise — Son action n'a suscité aucune crainte raisonnable de partialité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Mandamus* — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Le demandeur sollicitait une ordonnance enjoignant au président de mener une enquête complète sur la plainte contre le juge — La Loi sur les juges, son règlement d'application et les règlements administratifs du Conseil ne prévoient pas la tenue d'une enquête formelle obligatoire à la demande du plaignant — Comme il n'existe aucune obligation publique de la part du Conseil ou du président de mener une enquête complète à la demande du plaignant, aucune ordonnance de *mandamus* ne peut être rendue.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Le demandeur s'est fondé sur l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* pour soutenir que le Conseil, en fermant les yeux sur les actions du juge (l'interdiction pour les hommes de porter un chapeau), avait violé par délégation les droits qui lui sont reconnus par la Charte — L'arrêt *Robichaud* étaye la thèse selon laquelle en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, l'employeur peut être tenu responsable par délégation à l'égard des actes d'un employé — Le Conseil n'est pas l'employeur du juge et il n'exercerait sur le juge aucun contrôle susceptible de déclencher une responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actions de ce dernier — L'indépendance des juges est un principe constitutionnel fondamental — Les actes et remarques d'un juge n'engagent pas la responsabilité du Conseil — La preuve n'étaye pas la prétention que le président a fermé les yeux sur les actions du juge.

Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Les règlements du Conseil permettent expressément au président d'exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge lorsqu'il ferme le dossier de plainte s'il conclut que la conduite reprochée n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation du juge et si le juge en cause reconnaît que sa conduite était déplacée ou répréhensible — Le président a respecté

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

him and exercise of discretion within his jurisdiction — Argument Council vicariously liable for judge's conduct rejected — Council neither judge's employer nor exercising control over his conduct — Fundamental constitutional principle that judges independent - even of other judges.

SOMMAIRE (Fin)

l'esprit et la lettre des règlements administratifs à tous les égards — Aucun élément en fait ou en droit à l'appui de l'allégation contraire — Le président pouvait avec raison prendre la décision qu'il a prise et il a exercé son pouvoir discrétionnaire dans les limites de ses attributions — L'argument selon lequel le Conseil était responsable par délégation de la conduite du juge a été rejeté — Le Conseil n'est pas l'employeur du juge et il n'exerçait aucun contrôle à l'égard de sa conduite — Selon un principe constitutionnel fondamental, les juges sont indépendants, même d'autres juges.

EDITOR TO RETIRE

On October 16, 2002 William J. Rankin will retire after serving as Editor of the *Federal Court Reports* for almost 20 years. He commenced his duties as Editor of the Court's official law reports series on January 17, 1983, having been nominated by the late Mark R. MacGuigan, P.C., then Minister of Justice and later a Judge of the Federal Court of Appeal. Mr. Rankin is only the second Editor in the history of the Reports, his predecessor, Florence M. Rosenfeld, Q.C., having held office from the inception of the Court in 1971. Immediately prior to his appointment, Bill Rankin had been a Managing Editor with the Carswell Company Limited in Toronto. Earlier in his professional career, he had been an Assistant Crown Attorney at Toronto, partner in a Collingwood, Ontario law firm and Teaching Master at Toronto's Humber College of Applied Arts and Technology.

Since 1983 there have been significant changes in the work of the Court, in terms of both the quantity and the complexity of the litigation. This, of course, dictated an evolution in the organization and operations of the Federal Court Reports Section of the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. As to quantity, in 1983 just 547 reasons for order or judgment were received at the Reports office. A decade later, in 1993, the number had risen to 1,222 and in the 2000-2001 Fiscal Year the number reached 2,228. The increasing significance - not just for the parties but for Canadian society - of the litigation gave rise to ever more lengthy reasons for judgment as the Court dealt with Charter issues and cases on such subjects as: Aboriginal land claims, environmental protection and intellectual property. In 1983, the Reports consisted of 2 volumes containing 1,355 pages. In the most recent Fiscal Year, there were 4 volumes totalling 3,568 pages. Notwithstanding this very substantial increase in number of pages printed, the percentage of cases reported in full text fell from over 25% in 1983 to about 5 to 6% over the last 8 years. The Editor's

RETRAITE DE L'ARRÊTISTE EN CHEF

Le 16 octobre 2002, William J. Rankin prendra sa retraite après avoir exercé les fonctions d'arrêtiiste en chef du Recueil des arrêts de la Cour fédérale pendant près de vingt ans. Nommé par le regretté Mark R. MacGuigan, C.P., qui fut à l'époque ministre de la Justice et plus tard juge à la Cour d'appel fédérale, M. Rankin est entré en fonction le 17 janvier 1983 à titre d'arrêtiiste en chef chargé d'éditer le recueil officiel des décisions de la Cour. M. Rankin n'est que le second arrêtiiste en chef de l'histoire du Recueil, Mme Florence M. Rosenfeld, c.r., l'ayant précédé dans ces fonctions depuis la création de la Cour en 1971. Tout juste avant sa nomination, Bill Rankin occupait le poste d'éditeur en chef chez Carswell Company Limited, à Toronto. Plus tôt dans sa carrière professionnelle, il a été l'adjoint du procureur de la Couronne à Toronto, associé d'un cabinet d'avocats à Collingwood (en Ontario) et professeur au Humber College of Applied Arts and Technology à Toronto.

Depuis 1983, la Cour a connu plusieurs changements importants au chapitre de son fonctionnement, tant sur le plan de la quantité que de la complexité des causes. Il va de soi que cette évolution a influencé l'organisation et les opérations au sein de la section du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale. En ce qui concerne la quantité, le bureau du Recueil ne recevait en 1983 que 547 motifs d'ordonnance ou de jugement. Dix ans plus tard, soit en 1993, ce nombre s'élevait à 1 222 et, dans l'année financière 2000-2001, il a atteint 2 228. L'importance croissante du contentieux - non seulement pour les parties à l'instance mais également pour la société canadienne - a donné lieu à des jugements plus longs, alors que la Cour s'est mise à traiter des questions se rapportant à la Charte et à se prononcer sur des sujets tels que : les revendications territoriales des autochtones, la protection de l'environnement et la propriété intellectuelle. En 1983, le Recueil se composait de deux volumes contenant 1 355 pages. Dans la dernière année financière, on y trouvait quatre

statutory duty of deciding which cases were "of sufficient significance or importance to warrant publication" having become an onerous one to discharge, towards the end of 1999 the Minister appointed an Advisory Committee of 5 barristers having expertise in various areas of law litigated in Federal Court to assist the Editor. The existence of this Committee should ensure a measure of continuity when a new Editor is appointed.

In retirement, Mr. Rankin will be devoting his time to a number of activities including: committee work at St. Andrew's Church, Ottawa; serving as a Production Team member for such community theatre groups as the Orpheus Musical Theatre Society and the Ottawa Little Theatre; volunteering in a high school drama department; reading for pleasure; viewing selections from his large collection of vintage videos and following baseball, especially the Toronto Blue Jays and the Ottawa Lynx.

volumes totalisant 3 568 pages. Malgré cette augmentation très considérable du nombre de pages imprimées, le pourcentage des décisions rapportées dans leur intégralité a chuté de 25 % en 1983 à environ 5 à 6 % au cours des huit dernières années. L'obligation législative incombant à l'arrêtiiste en chef de décider quelles décisions «présentent suffisamment d'importance ou d'intérêt» pour être publiées étant devenue onéreuse, le ministre a constitué en 1999 un comité consultatif composé de cinq avocats possédant une compétence particulière dans plusieurs domaines du droit qui relèvent de la compétence de la Cour fédérale pour aider l'arrêtiiste en chef. L'existence de ce comité devrait assurer une certaine mesure de continuité à l'occasion de la nomination d'un nouvel arrêtiiste en chef.

À la retraite, M. Rankin consacrerá son temps à plusieurs activités, y compris : travail de comité à l'église St. Andrews Church, Ottawa, membre de l'équipe de production pour des troupes de théâtre communautaires telles que la Orpheus Musical Theatre Society et le Ottawa Little Theatre, bénévolat au département de théâtre d'une école secondaire, lecture de détente, visionnement de vidéos tirés de sa propre collection imposante et suivi des exploits au baseball des Blue Jays de Toronto et des Lynx d'Ottawa.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

BC Tel v. Seabird Island Indian Band, [2000] 4 F.C. 350 (T.D.), has been reversed on appeal (A-391-00, 2002 FCA 288). The reasons for judgment handed down 9/7/02, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Entreprises A.B. Rimouski Inc. v. Canada, A-647-98, Noël J.A., judgment dated 18/4/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/7/02.

Moss v. Canada (Attorney General), A-1-00, 2001 FCA 353, Sharlow J.A., judgment dated 21/11/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/7/02.

Olympia Interiors Ltd. v. Canada, A-269-01, 2001 FCA 360, Malone J.A., judgment dated 22/11/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/7/02.

Olympia Interiors Ltd. v. Canada, A-682-00, 2001 FCA 361, Malone J.A., judgment dated 22/11/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/7/02.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-391-00, 2002 CAF 288). Les motifs du jugement, prononcés le 9-7-02, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Entreprises A.B. Rimouski Inc. c. Canada, A-647-98, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18-4-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-7-02.

Moss c. Canada (Procureur général), A-1-00, 2001 CAF 353, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21-11-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-7-02.

Olympia Interiors Ltd. c. Canada, A-269-01, 2001 CAF 360, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 22-11-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-7-02.

Olympia Interiors Ltd. c. Canada, A-682-00, 2001 CAF 361, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 22-11-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-7-02.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2002, Vol. 3, Part 1

2002, Vol. 3, 1^{er} fascicule

A-289-00
2001 FCA 399

A-289-00
2001 CAF 399

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

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

v.

c.

Yong Jie Qu (Respondent)

Yong Jie Qu (intimé)

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

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

Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Noël J.J.A.—
Montréal, November 20; Ottawa, December 21, 2001.

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Décary et Noël, J.C.A.—Montréal, 20 novembre; Ottawa, 21 décembre 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Refusal of visa based on reasonable grounds to believe respondent engaged in acts of espionage, subversion against democratic governments, institutions or processes within meaning of Immigration Act, s. 19(1)(f)(i) — Provided intelligence to Embassy of People's Republic of China on activities of Chinese student organization at Canadian university — Interpretation of "democratic government, institutions or processes": not limited to institutions exercising political (governmental) authority; includes organized groups seeking through democratic means, to influence government policies and decisions.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Refus d'un visa fondé sur des motifs raisonnables de croire que l'intimé s'était livré à des actes d'espionnage et de subversion contre des institutions démocratiques au sens de la Loi sur l'immigration, art. 19(1)f(i) — L'intimé avait communiqué des renseignements à l'ambassade de la République populaire de Chine sur les activités d'une organisation étudiante chinoise au sein d'une université canadienne — Le sens de l'expression «institutions démocratiques» ne se limite pas aux institutions qui exercent un pouvoir politique (gouvernemental); il englobe les groupes organisés qui cherchent par des moyens démocratiques à influencer sur les politiques et décisions gouvernementales.

Construction of Statutes — Interpretation of "democratic governments, institutions or processes" in Immigration Act, s. 19(1)(f)(i) — Words of Act to be read in entire context and in grammatical and ordinary sense harmoniously with scheme, object of Act and intention of Parliament — Words to be given broad meaning — Based on case law and plain dictionary meaning, "democratic government, institutions or processes" not limited to institutions exercising political (governmental) authority; includes organized groups seeking, through democratic means, to influence government policies and decisions.

Interprétation des lois — Interprétation de l'expression «institutions démocratiques», dans l'art. 19(1)f(i) de la Loi sur l'immigration — Il faut lire les termes d'une 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 — Les mots doivent recevoir une large signification — Selon la jurisprudence et le sens courant, l'expression «institutions démocratiques» n'est pas limitée aux institutions exerçant un pouvoir politique (gouvernemental); elle comprend les groupes organisés qui cherchent, par des moyens démocratiques, à influencer sur les politiques et décisions gouvernementales.

The respondent was a citizen of the People's Republic of China studying at Concordia University in Montréal at the master's level. He was active in the Chinese Students and Scholars Association (CSSA), the activities of which he regularly reported on to officials at the Chinese Embassy in Ottawa. A visa officer denied the respondent permanent residence status for having thereby engaged in acts of espionage or subversion within the meaning of paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act*. While the Trial Division Judge who heard the application for judicial review of the visa

L'intimé était un ressortissant de la République populaire de Chine qui étudiait au niveau de la maîtrise à l'Université Concordia de Montréal. Il était actif au sein de l'Association des étudiants et intellectuels chinois (la CSSA), dont il signalait régulièrement les activités aux représentants de l'ambassade de Chine à Ottawa. Un agent des visas a refusé à l'intimé le statut de résident permanent parce qu'il s'était engagé dans des actes d'espionnage ou de subversion au sens de l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration*. Le juge de la Section de première instance qui avait instruit la demande de

officer's decision accepted his findings of fact as to espionage and subversion, he nevertheless allowed the application on the ground that the acts of espionage and subversion were not directed against democratic government, institutions or processes within the meaning of paragraph 19(1)(f) of the Act, since the CSSA, a student organization at a Canadian university, did not fall within that definition. He was of the view Parliament's intention was not to include church, school, work or sports organizations within the expression "democratic government, institutions or processes", which was limited to institutions engaged in the process of governance. The application Judge then certified a question as to whether his reasons correctly interpreted paragraph 19(1)(f) of the Act. This was an appeal from that decision.

Held, the appeal should be allowed.

The objectives of the Canadian immigration policy as found in section 3 of the Act are to promote the domestic and international interests of Canada, recognizing the need, among other considerations, to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society and to promote international order and justice by denying use of Canadian territory to persons likely to engage in criminal activity. Non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country.

The standard of proof required in subparagraph 19(1)(f)(i) is one of reasonable grounds and the proper standard of review with respect to the interpretation of the words "democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada" is one of correctness.

Considering the principles of statutory interpretation as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, section 12 of the *Interpretation Act* and the text of subparagraph 19(1)(f)(i), it is clear that a broad meaning was to be given to the words found therein. The application Judge erred when he held that the expression "democratic government, institutions or processes" was restricted to institutions and processes involving "political governance". The expression also encompasses institutions and processes which, although non-governmental, are part and parcel of the democratic fabric of Canada. There was no basis for limiting the purpose of paragraph 19(1)(f) in the manner suggested by the application Judge. Both the case law and the plain dictionary meaning of the relevant terms support the view that the expression in issue is capable of a wide meaning. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, it was recognized that a union was a democratic institution different from government, and in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, it was recognized that democratic processes are not limited to government. Finally, in

contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas a accepté ses conclusions de fait relatives à l'espionnage et à la subversion, mais il a néanmoins fait droit à la demande au motif que les actes d'espionnage et de subversion n'étaient pas dirigés contre des institutions démocratiques au sens de l'alinéa 19(1)f) de la Loi, puisque la CSSA, une organisation étudiante évoluant dans une université canadienne, n'entrait pas dans cette définition. Il a exprimé l'avis que l'intention du législateur n'était pas d'inclure les organisations religieuses, scolaires, professionnelles ou sportives dans l'expression «institutions démocratiques», laquelle se limitait aux institutions gouvernementales ou à caractère politique. Le juge des requêtes a ensuite certifié la question de savoir si ses motifs donnaient ou non une interprétation juste de l'alinéa 19(1)f) de la Loi. Appel a été interjeté de cette décision.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La politique canadienne d'immigration selon l'article 3 de la Loi a pour objet de promouvoir les intérêts du pays, sur les plans intérieur et international, en reconnaissant notamment la nécessité de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada et de promouvoir l'ordre et la justice sur le plan international en n'acceptant pas sur le territoire canadien des personnes susceptibles de se livrer à des activités criminelles. Les non-citoyens n'ont pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer.

La norme de preuve que requiert le sous-alinéa 19(1)f)(i) est la norme des motifs raisonnables, et la norme de contrôle à appliquer pour l'interprétation de l'expression «institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada» est la norme de la décision correcte.

Compte tenu des principes d'interprétation législative énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, ainsi que du texte du sous-alinéa 19(1)f)(i), il est clair que les mots apparaissant dans cette disposition devaient être interprétés d'une manière libérale. Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a affirmé que l'expression «institutions démocratiques» se limitait aux institutions à caractère politique. L'expression englobe également les institutions qui, bien que non gouvernementales, font partie intégrante du tissu démocratique au Canada. Il n'y avait aucune raison de limiter l'objet de l'alinéa 19(1)f) de la manière proposée par le juge des requêtes. Tant la jurisprudence que le sens courant des expressions considérées permettent d'affirmer que les mots dont il s'agit peuvent recevoir une large signification. Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, il a été reconnu qu'un syndicat est une institution démocratique qui se distingue d'un gouvernement, et, dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Commissaire des Territoires du Nord-Ouest*, il

Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, it was stated that democracy is not simply concerned with the process of government. In Canada, a democratic institution is not limited to a political institution, it includes organized groups who seek through democratic means to influence government policies and decisions. As a free and democratic society, Canada values and protects democratic non-governmental institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. Thus, a democratic institution for the purpose of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act* consists of a structured group of individuals established in accordance with democratic principles with preset goals and objectives who are engaged in lawful activities in Canada of a political, religious, social or economic nature. The visa officer had not, in his refusal letter, addressed the issue of the status of the CSSA.

The matter was ordered to be remitted to a visa officer for redetermination in accordance with these reasons.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend The Immigration Act, S.C. 1919, c. 25, s. 3(6)(n),(o),(q).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(d).
Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93.
Immigration Act, R.S.C. 1952 (Supp.), c. 325, s. 5(m),(n).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 2), 5, 19(1) (as am. *idem*, s. 11), 83 (as am. *idem*, s. 73).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 49

a été reconnu que les processus démocratiques ne se limitent pas à l'appareil gouvernemental. Finalement, dans l'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, il est indiqué que la démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Au Canada, une institution démocratique n'est pas limitée à une institution politique, elle englobe les groupes organisés qui visent par des moyens démocratiques à influencer les politiques et décisions gouvernementales. En tant que société libre et démocratique, le Canada chérit et protège les institutions non gouvernementales démocratiques qui renforcent la participation des individus et des groupes dans la société. Par conséquent, une institution démocratique aux fins du sous-alinéa 19(1)f(i) de la *Loi sur l'immigration* consiste en un groupe structuré d'individus établi dans le respect des principes démocratiques, avec des buts et objectifs préétablis, qui se livre au Canada à des activités licites de nature politique, religieuse, social ou économique. L'agent des visas n'avait pas dans sa lettre de refus abordé la question du statut de la CSSA.

La Cour a ordonné le renvoi de l'affaire à un agent des visas pour nouvelle décision conforme à ces motifs.

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. 2d).
Loi de l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant la Loi de l'Immigration, S.C. 1919, ch. 25, art. 3(6)(n),(o),(q).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 2), 5, 19(1) (mod. *idem*, art. 11), 83 (mod., *idem*, art. 73).
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952 (Supp.), ch. 325, art. 5(m),(n).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1;

C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (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; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

REFERRED TO:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Blackwell Encyclopaedia of Political Science. Oxford: Blackwell Publishers, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Robert, Paul. *Le Grand Robert de la Langue Française*, Paris: Le Robert, 1985.
Oxford Companion to Politics of the World. New York: Oxford University Press, 1993.
 Raymond, Walter John. *Dictionary of Politics*, 7th ed. Lawrenceville, Virginia: Brunswick Publishing Corp., 1992.

APPEAL from a Trial Division decision (*Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71; (2000), 188 F.T.R. 226; 5 Imm. L.R. (3d) 129) allowing an application for judicial review of a visa officer's decision denying the respondent permanent residence status for having, by regularly reporting on the activities of a Chinese student association at a Canadian university to Chinese Embassy officials, "engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada" within the meaning of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Jocelyne Murphy for appellant.
Paul Duchow for respondent.

[1990] 5 W.W.R. 385; 49 C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *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; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

DÉCISION CITÉE:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DOCTRINE

Blackwell Encyclopaedia of Political Science. Oxford: Blackwell Publishers, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Robert, Paul. *Le Grand Robert de la Langue Française*, Paris: Le Robert, 1985.
Oxford Companion to Politics of the World. New York: Oxford University Press, 1993.
 Raymond, Walter John. *Dictionary of Politics*, 7th ed. Lawrenceville, Virginia: Brunswick Publishing Corp., 1992.

APPEL dirigé contre une décision de la Section de première instance (*Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71; (2000), 188 F.T.R. 226; 5 Imm. L.R. (3d) 129) qui avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de refuser à l'intimé le statut de résident permanent pour le motif que, en signalant régulièrement aux fonctionnaires de l'ambassade de Chine les activités d'une association étudiante chinoise évoluant dans une université canadienne, il s'était «livré à des actes d'espionnage ou de subversion contre des "institutions démocratique", au sens où cette expression s'entend au Canada», selon le sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l'immigration*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Jocelyne Murphy, pour l'appelant.
Paul Duchow, pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Paul Duchow, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RICHARD C.J.:

Introduction

[1] This is an appeal under section 83 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)] from a judgment of the Federal Court, Trial Division rendered on April 20, 2000 by the application judge, ([2000] 4 F.C. 71 (T.D.)) which granted the respondent's application for judicial review and quashed a decision which the visa officer rendered on September 18, 1998.

Background

[2] The events leading to this proceeding can be summarized as follows. The respondent is a citizen of the People's Republic of China who came to Canada in 1991 as a master's student at Concordia University in Montréal. He was active in the Chinese Students and Scholars Association (CSSA). While being a member of the CSSA, the respondent had contacts with officials at the Chinese Embassy in Ottawa related to his activities with the association and its members. On August 19, 1994, he applied for permanent residence status in Canada at the Canadian Consulate in Buffalo, New York.

[3] On February 16, 1995, a visa officer held an interview with the respondent to further assess his application. After the interview, the application was referred to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). On February 8, 1996, the respondent went to a second interview, held this time by two CSIS officers. On September 17, 1998, following the receipt of a report made by CSIS, the visa officer held a third interview.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelant.

Paul Duchow, Montréal, pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF RICHARD:

Introduction

[1] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration fait appel, en application de l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)], d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu le 20 avril 2000 par le juge des requêtes ([2000] 4 C.F. 71 (1^{re} inst.)), qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire déposée par l'intimé et annulé une décision rendue par l'agent des visas le 18 septembre 1998.

Contexte

[2] Les événements qui ont conduit à la présente instance peuvent être résumés ainsi. L'intimé est un ressortissant de la République populaire de Chine qui est arrivé au Canada en 1991 en tant qu'étudiant à la maîtrise à l'Université Concordia de Montréal. Il était actif au sein de la Chinese Students and Scholars Association [une association d'étudiants et d'intellectuels chinois] (la CSSA). Alors qu'il était membre de la CSSA, l'intimé a eu des contacts avec des représentants de l'ambassade de Chine à Ottawa à propos de ses activités auprès de l'association et de ses membres. Le 19 août 1994, il a demandé au consulat du Canada à Buffalo (New York) le statut de résident permanent au Canada.

[3] Le 16 février 1995, un agent des visas a procédé à une entrevue avec l'intimé pour évaluer davantage sa demande. Après l'entrevue, la demande fut communiquée au Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Le 8 février 1996, l'intimé se présenta à une deuxième entrevue, organisée cette fois par deux agents du SCRS. Le 17 septembre 1998, après réception d'un rapport du SCRS, l'agent des visas organisa une troisième entrevue.

[4] Although the respondent, in his application for judicial review, requested the Canadian Consulate General in Buffalo to send the complete immigration file to his solicitor and to the Court Registry, the CSIS report was not part of the record on judicial review. The CSIS information was withheld by the Canadian Consulate in Buffalo with the explanation that the material provided by CSIS has been edited out since its release would be injurious to national security.

[5] Counsel for the respondent did not challenge this exclusion and it was not part of the record before the application Judge. This led the application Judge to comment in his reasons that [at paragraph 5] “The record before the Court is not as it should be.”

[6] Upon completion of this third interview, the respondent was advised that the application for permanent residence would be refused. The visa officer based his refusal on subparagraph 19(1)(f)(i) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*.

[7] Specifically, the visa officer was of the view that the applicant’s activities in the CSSA and his meetings and communications with Chinese Embassy officials in Ottawa about the CSSA and its members gave rise to reasonable grounds to believe that he had engaged in acts of espionage and subversion within the meaning of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*.

[8] The refusal letter reads as follows:

In the matter of your application for permanent residence in Canada, this is to confirm that I have determined that you do not meet with the requirements for immigration to Canada. I originally advised you in person of this decision at your interview on September 17, 1998.

At your interview, I expressed to you my serious concerns that there were reasonable grounds to believe that you had engaged in acts of espionage and subversion against democratic governments, institutions or processes as they are understood in Canada. I pointed out that by your own admission during the interview, you had engaged in a consistent pattern of reporting to the Embassy of the People’s Republic of China in Ottawa; provided intelligence on the activities of individuals in a Canadian student organization known as the Chinese Students

[4] Dans sa demande de contrôle judiciaire, l’intimé demandait au consulat général du Canada à Buffalo d’envoyer à son avocat et au greffe de la Cour le dossier complet d’immigration, mais le rapport du SCRS ne figurait pas dans le dossier lors du contrôle judiciaire. Le consulat du Canada à Buffalo a refusé de communiquer l’information du SCRS, en expliquant que les documents fournis par le SCRS avaient été exclus car leur communication serait préjudiciable à la sécurité nationale.

[5] L’avocat de l’intimé n’a pas contesté cette exclusion, dont il n’était d’ailleurs pas fait état dans le dossier soumis au juge des requêtes, ce qui conduisit le juge des requêtes à indiquer dans ses motifs [au paragraphe 5] que «[l]e dossier mis à la disposition de la Cour n’est pas tel qu’il devrait l’être».

[6] Après cette troisième entrevue, l’intimé fut informé que la demande de résidence permanente serait refusée. L’agent des visas a fondé son refus sur le sous-alinéa 19(1)(f)(i) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l’immigration*.

[7] Plus précisément, l’agent des visas a exprimé l’avis que les activités du demandeur de visa au sein de la CSSA, ainsi que ses rencontres et ses communications avec les fonctionnaires de l’ambassade de Chine à Ottawa à propos de la CSSA et de ses membres, lui donnaient des motifs raisonnables de croire qu’il s’était livré à des actes d’espionnage ou de subversion au sens du sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l’immigration*.

[8] La lettre de refus est rédigée ainsi:

[TRADUCTION] En ce qui concerne votre demande de résidence permanente au Canada, la présente confirme que je suis arrivé à la conclusion selon laquelle vous ne répondez pas aux conditions de l’immigration au Canada. Je vous ai déjà informé directement de cette décision durant votre entrevue du 17 septembre 1998.

Lors de cette entrevue, je vous ai indiqué que j’avais la forte impression qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que vous vous étiez livré à des actes d’espionnage et de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression est comprise au Canada. J’ai fait observer que, de votre propre aveu au cours de l’entrevue, vous aviez communiqué à maintes reprises avec l’Ambassade de la République populaire de Chine à Ottawa, communiqué des renseignements sur les activités de membres d’une organisation

and Scholars Association (CSSA); and attempted to subvert this organization to meet the goals and objectives of a foreign government. At that time, I asked you to disabuse me of this concern, and advised you that failure to disabuse me of my concern would lead to the refusal of your application.

You responded by denying that you were an agent of a foreign government, but readily admitted your numerous contacts with Chinese diplomats over a protracted period when you were instrumental in “re-organising” the CSSA. You also admitted that you provided information to Chinese diplomats regarding individual members of the CSSA and admitted further that you were in open disagreement with pro-democracy students of this organization, that you had identified and reported on these individuals to the Embassy, and that you had sought to change the direction of the CSSA using funds provided by the Embassy in support of certain activities, to make it “sensitive to the Chinese Government and Chinese officials”. You argued that any congruence between the objectives and policies of the Chinese government and your activities was purely coincidental, and that you acted strictly out of personal conviction. I noted however, that your admitted activities were so clearly those of an agent that your argument lacked all credibility, and that I was obliged to treat your denial as self-serving. I noted that you were in receipt of one of only twenty tuition waivers awarded by the Embassy to Chinese students attending English-language institutions in the province of Quebec, and that the implications of a quid pro [page 79] quo were too obvious for me to ignore.

It is my determination, therefore, that you have not disabused me of my concern, and that based on your own testimony, there are reasonable grounds for me to believe that you are a person who has engaged in hostile and subversive activities on behalf of a foreign government, directed toward gathering information used for intelligence purposes, that relate to the Charter Rights of individuals in Canada.

Accordingly, I have found that you come within the inadmissible class of persons described in subparagraph 19(1)(f)(i) of the Immigration Act. . . .

[9] This subparagraph reads as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

étudiante canadienne appelée Association des étudiants et intellectuels chinois (la CSSA) et tenté de corrompre cette organisation pour qu'elle réponde aux buts et objectifs d'un gouvernement étranger. À cette époque, je vous ai demandé de me détromper de cette impression et je vous ai informé que, si vous n'y parveniez pas, votre demande serait refusée.

Vous avez répondu en niant que vous étiez un agent d'un gouvernement étranger, mais vous avez volontiers reconnu vos nombreux contacts avec des diplomates chinois durant une période prolongée au cours de laquelle vous avez contribué à «réorganiser» la CSSA. Vous avez aussi reconnu avoir fourni des renseignements à des diplomates chinois à propos de certains membres de la CSSA et avez reconnu également que vous étiez ouvertement en désaccord avec les étudiants de cette organisation qui étaient favorables à la démocratie, que vous aviez repéré ces étudiants et les aviez signalés à l'Ambassade, et que vous aviez cherché à modifier l'orientation de la CSSA à l'aide de fonds fournis par l'Ambassade au soutien de certaines activités, pour la rendre «sensible au gouvernement chinois et aux fonctionnaires chinois». Vous avez fait valoir que toute concordance entre les objectifs et politiques du gouvernement chinois et vos activités était purement accidentelle et que vous agissiez strictement par conviction personnelle. J'ai fait remarquer toutefois que les activités que vous avez reconnu avoir exercées étaient si manifestement celles d'un agent que votre argument se trouvait dépourvu de toute crédibilité et que j'ai dû considérer votre dénégation comme une réaction intéressée. J'ai constaté que vous aviez reçu l'une de seulement vingt dispenses de frais de scolarité attribuées par l'Ambassade aux étudiants chinois fréquentant des institutions anglophones dans la province de Québec, et que les probabilités d'une contrepartie [page 79] étaient trop fortes pour que je les ignore.

Je conclus par conséquent que vous n'avez pas dissipé mes craintes et que, eu égard à votre propre témoignage, il existe des motifs raisonnables qui me portent à croire que vous êtes une personne qui s'est livrée à des activités hostiles et subversives au nom d'un gouvernement étranger, activités destinées à recueillir des informations qui seraient utilisées à des fins de renseignement et qui intéressent les droits fondamentaux de l'individu au Canada.

Je suis donc d'avis que vous entrez dans la catégorie non admissible des personnes décrites au sous-alinéa 19(1)(i) de la Loi sur l'immigration [. . .]

[9] Ce sous-alinéa est ainsi rédigé:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

f) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

...

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

[10] The respondent brought an application for judicial review before the Trial Division. Following a hearing, the application Judge quashed the decision of the visa officer.

[11] The application Judge had “no hesitation” in concluding that the respondent’s activities, as found by the visa officer, constitute espionage and subversion.

[12] The application Judge determined that the *Immigration Act* did not contain any definition of espionage or subversion. He held that espionage is simply a method of information gathering by spying, by acting in a covert way and that subversion connotes accomplishing change by illicit means or for improper purposes related to an organization.

[13] He accepted the findings of fact or inferences made by the visa officer that the respondent had engaged in a constant pattern of reporting to the Embassy of China in Ottawa and provided intelligence on the activities of individuals in a Canadian student organization and that the respondent had also attempted to subvert this organization to meet the goals and objectives of a foreign government.

[14] He held however that these acts of espionage and subversion were not directed against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, within the meaning of subparagraph 19(1)(f)(i) since the CSSA, a student organization at a Canadian university in respect of whom the applicant conducted his activities, does not fall within this definition.

[15] The gist of his reasoning is set out in the following extract from his reasons [at paragraphs 51-53]:

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles:

(i) soit se sont livrées à des actes d’espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada,

[. . .]

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national;

[10] L’intimé a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Section de première instance. Après audience, le juge des requêtes a annulé la décision de l’agent des visas.

[11] Le juge des requêtes n’a eu «aucune hésitation» à conclure que les activités de l’intimé, constatées par l’agent des visas, constituent de l’espionnage et de la subversion.

[12] Le juge des requêtes a estimé que la *Loi sur l’immigration* ne renfermait aucune définition de l’espionnage ou de la subversion. Selon lui, l’espionnage est simplement un moyen de recueillir des renseignements en effectuant une surveillance, en agissant furtivement, et que la subversion implique l’introduction d’un changement par des moyens illicites ou à des fins détournées se rapportant à une organisation.

[13] Il a accepté les conclusions de fait ou inférences tirées par l’agent des visas, selon lesquelles l’intimé avait à maintes reprises communiqué avec l’Ambassade de Chine à Ottawa et transmis des renseignements sur les activités de membres d’une organisation étudiante canadienne et qu’il avait aussi tenté de corrompre cette organisation pour qu’elle réponde aux buts et objectifs d’un gouvernement étranger.

[14] Il a jugé cependant que ces actes d’espionnage et de subversion n’étaient pas dirigés contre des institutions démocratiques au sens où cette expression s’entend au Canada, selon ce que prévoit le sous-alinéa 19(1)f(i), puisque la CSSA, une organisation étudiante d’une université canadienne dans le cadre de laquelle le demandeur de visa exerçait ses activités, n’entre pas dans cette définition.

[15] Le fond de son raisonnement est reproduit dans l’extrait suivant de ses motifs [aux paragraphes 51 à 53]:

In my view, when Parliament spoke of democratic government, institutions or processes, it restricted coverage to those institutions or processes (such as the right to vote and elections) engaged in political governance or the system by which citizens organize and govern themselves in the State. In short, Parliament restricted the paragraph to public authorities which are elected by and are responsible to the constituency. These words have nothing to do with institutions or forms of institutional or social organizations in which individuals may otherwise interrelate with one another, such as church, school, work, sports, etc.

I arrive at this conclusion for several reasons. First, the common understanding of these words in Canada; second, the purpose of the enactment which is exclusion from entry into Canada which is for a limited purpose; third, the scope of the paragraph which encompasses not only activities carried out on Canadian territory but abroad and necessarily limits the operation of the paragraph; fourth, the qualifier at the end of the paragraph where admission is permissible if the Minister is satisfied admission is not contrary to the national interest which conveys interests related to the State; fifth, the availability of other grounds of exclusion (such as criminality) contained in paragraph 19 and in other sections of the Act if a proper case is made out abroad, etc.

Based on this interpretation, the CSSA, a student organization at Concordia, in respect of whom the applicant conducted his activities including reporting on its members to the officials of the Chinese Embassy in Ottawa, does not fall within the definition of “democratic government institutions or processes” within the meaning of those words in the relevant paragraph. The meaning of these words is confined to the application both here and extraterritorially, and what Parliament seeks to protect are institutions exercising political (governmental) authority incorporating democratic values as to how citizens operate in organized society.

[16] Accordingly, he set aside the decision of the visa officer and ordered that the matter be returned for reconsideration by a different visa officer.

[17] Pursuant to subsection 83(1) of the *Immigration Act*, the application Judge also certified the following question [at paragraph 54]: “Do these reasons correctly interpret subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*?”

À mon avis, en mentionnant les institutions démocratiques, le législateur restreignait l'application de la disposition aux institutions ou méthodes (comme le droit de vote et les élections) en cause dans un gouvernement politique ou au système par lequel les citoyens s'organisent et se gouvernent dans l'État. Bref, le législateur a restreint l'application de la disposition aux autorités publiques qui sont élues par la population et qui sont responsables envers cette dernière. Ces mots n'ont rien à voir avec les institutions ou les formes d'organisations institutionnelles ou sociales au sein desquelles les individus peuvent entretenir des relations les uns avec les autres, comme l'église, l'école, le milieu de travail, les organisations sportives, etc.

J'arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons. Premièrement, l'interprétation communément attribuée à ces mots au Canada; deuxièmement, le but de la disposition, soit l'exclusion du Canada à des fins restreintes; troisièmement, la portée de la disposition, qui englobe non seulement les activités exercées sur le territoire canadien, mais aussi à l'étranger, et limite nécessairement l'application de la disposition; quatrièmement, la réserve qui est faite à la fin de la disposition, à savoir qu'une personne peut être admise si elle convainc le ministre que son admission n'est pas contraire à l'intérêt national, soit les intérêts liés à l'État; cinquièmement, la possibilité d'autres motifs d'exclusion (comme la criminalité) figurant à l'article 19 et dans d'autres dispositions de la Loi si une preuve satisfaisante est présentée à l'étranger, etc.

Selon cette interprétation, la CSSA, qui était une organisation d'étudiants à Concordia, visée par les activités du demandeur, ce dernier faisant notamment rapport sur les membres de l'association aux fonctionnaires de l'ambassade de la Chine à Ottawa, n'est pas une «institution démocratique» au sens où cette expression s'entend dans la disposition pertinente. Le sens de ces mots est limité à leur application au pays et à l'étranger, et le législateur cherche à donner sa protection à des institutions exerçant des pouvoirs politiques (gouvernementaux) incorporant des valeurs démocratiques quant à la façon dont les citoyens agissent dans une société organisée.

[16] Il a donc annulé la décision de l'agent des visas et ordonné que l'affaire soit renvoyée pour réexamen par un autre agent des visas.

[17] Comme le prévoit le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, le juge des requêtes a également certifié la question suivante [au paragraphe 54]: «Le sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l'immigration* est-il correctement interprété dans les présents motifs?»

Position of the Parties

[18] The appellant submitted before this Court that the expression democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada must not be interpreted as narrowly as the application Judge did. The appellant further argued that the objectives of the *Immigration Act* indicate that democracy is not limited to government institutions or processes but includes as well non-government institutions or processes. Finally, the appellant submitted that the evidence demonstrates that the CSSA is a democratic student association in Montréal with the objective of providing cultural and social activities to its members and promoting human rights and democracy in China. As a result, the CSSA is an association that can be included within the definition of a democratic process or institution. The appellant claims that the conduct of the respondent targeted the freedom of association and the freedom of speech of the individuals in the student group.

[19] The respondent submitted that the application Judge was right in restricting the definition of the phrase in subparagraph 19(1)(f)(i) and submitted that there was no evidence that the CSSA was a democratic association. Accordingly, the decision of the visa officer was unreasonable in the circumstances.

Canadian Immigration Policy

[20] The purpose of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*, is to deny entry in Canada to persons where there are reasonable grounds to believe that they have engaged in espionage or subversion of a democratic government, institution or process. This provision must be read in the context of other provisions of the *Immigration Act*.

[21] The objectives of the Canadian immigration policy as found in section 3 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the *Immigration Act* are to promote the domestic and international interest of Canada recognizing the need, among other considerations, to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society and to promote international order and justice by denying the use of Canadian territory to persons who are likely to engage in criminal activity.

Positions des parties

[18] L'appelant a fait valoir devant la Cour que les mots «institutions démocratiques au sens où cette expression s'entend au Canada» ne doivent pas être interprétés aussi étroitement que l'a fait le juge des requêtes. Il a également soutenu que les objectifs de la *Loi sur l'immigration* indiquent que la démocratie n'est pas limitée aux institutions ou processus gouvernementaux, mais comprennent également les institutions ou processus non gouvernementaux. Finalement, l'appelant a avancé que, d'après la preuve, la CSSA est une association étudiante démocratique de Montréal dont l'objectif est d'offrir des activités culturelles et sociales à ses membres et de promouvoir les droits de la personne et la démocratie en Chine. La CSSA est donc une association qui peut entrer dans la définition d'une institution démocratique. Selon l'appelant, les agissements de l'intimé visaient la liberté d'association et la liberté de parole des membres du groupe étudiant.

[19] L'intimé a fait valoir que le juge des requêtes a eu raison de restreindre la définition de l'expression apparaissant au sous-alinéa 19(1)(f)(i), et il a avancé que rien ne prouvait que la CSSA était une association démocratique. La décision de l'agent des visas était donc déraisonnable dans ce contexte.

Politique canadienne d'immigration

[20] Le sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l'immigration* a pour objet de refuser l'entrée au Canada aux personnes dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre une institution démocratique. Cette disposition doit être lue en même temps que d'autres dispositions de la *Loi sur l'immigration*.

[21] Selon l'article 3 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2] de la *Loi sur l'immigration*, la politique canadienne d'immigration a pour objet de promouvoir les intérêts du pays, sur les plans intérieur et international, en reconnaissant notamment la nécessité de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada et de promouvoir l'ordre et la justice sur le plan international en n'acceptant pas sur le territoire canadien des personnes susceptibles de se livrer à des activités criminelles.

[22] Sections 4 [as am. *idem*, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 2] and 5 of the Act set out the governing principles concerning the right to come into Canada or to remain in Canada according to whether the person is a Canadian citizen, a permanent resident, a Convention refugee or registered as an Indian pursuant to the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5].

[23] A Canadian citizen and a person registered as an Indian under the *Indian Act* have a right to remain in Canada whereas the right of a permanent resident or of a Convention refugee to remain in Canada is qualified by rules of inadmissibility found in section 19 of the Act. All other persons have no right to come into or remain in Canada.

[24] The respondent is not a Canadian citizen, a permanent resident or a Convention refugee. Accordingly, the respondent does not have a right to come into or remain in Canada.

[25] The Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733 stated that “The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country”.

Legislative History

[26] The predecessor of subparagraph 19(1)(f)(i) of the present Act was first introduced in *An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, by adding to the prohibited classes [paragraph 3(6)(n)] “[p]ersons who believe in or advocate the overthrow by force or violence of the Government of Canada or of constituted law and authority, or who disbelieve in or are opposed to organized government”, or [paragraph 3(6)(o)] “[p]ersons who are members of or affiliated with any organization entertaining or teaching disbelief in or opposition to organized government”; or [paragraph 3(6)(q)] “[p]ersons guilty of espionage with respect to His Majesty or any of His Majesty’s allies”. In the French text, the paragraphs read: “*personnes qui croient au renversement ou qui préconisent le renversement, par la force ou la violence, du gouvernement du Canada ou de la loi ou de l’autorité constituée, ou qui ne croient pas à un gouvernement organisé et s’y opposent*” ou

[22] Les articles 4 [mod., *idem*, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 2] et 5 de la Loi énoncent les principes directeurs régissant le droit d’entrer au Canada et d’y demeurer selon que l’intéressé est un citoyen canadien, un résident permanent, un réfugié au sens de la Convention ou un Indien inscrit à ce titre aux termes de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5].

[23] Un citoyen canadien et un Indien inscrit à ce titre aux termes de la *Loi sur les Indiens* ont le droit de demeurer au Canada, tandis que le droit d’un résident permanent ou d’un réfugié au sens de la Convention de demeurer au Canada est restreint par les règles de non-admissibilité apparaissant à l’article 19 de la Loi. Toute autre personne est dépourvue du droit d’entrer au Canada ou d’y demeurer.

[24] L’intimé n’est pas un citoyen canadien, un résident permanent ni un réfugié au sens de la Convention. Il n’a donc pas le droit d’entrer au Canada ou d’y demeurer.

[25] La Cour suprême du Canada a indiqué dans l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 733, que «le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer au pays ou d’y demeurer».

Historique législatif

[26] Le prédécesseur du sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la Loi actuelle a été introduit à l’origine dans la *Loi modifiant la Loi de l’immigration*, S.C. 1919, ch. 25, par l’adjonction des catégories interdites suivantes [alinéa 3(6)(n)]: «personnes qui croient au renversement ou qui préconisent le renversement, par la force ou la violence, du gouvernement du Canada ou de la loi ou de l’autorité constituée, ou qui ne croient pas à un gouvernement organisé et s’y opposent» ou [alinéa 3(6)(o)] «personnes qui sont membres d’une, ou affiliées à une organisation qui préconise ou qui enseigne la non-croyance ou l’opposition à un gouvernement organisé» ou [alinéa 3(6)(q)] «personnes coupables d’espionnage à l’égard de Sa Majesté ou de tout allié de Sa Majesté». Dans le texte anglais, les paragraphes sont ainsi rédigés: «*[p]ersons who believe in or advocate the overthrow by force or violence of the Government of Canada or of constituted law and authority, or who disbelieve in or are opposed*

“personnes qui sont membres d’une, ou affiliées à une organisation qui préconise ou qui enseigne la non-croyance ou l’opposition à un gouvernement organisé” ou “personnes coupables d’espionnage à l’égard de Sa Majesté ou de tout allié de Sa Majesté”. This was carried forward in the 1927 Consolidation, *Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93. The *Immigration Act*, R.S.C. 1952, (Supp.), c. 325 introduced the words “democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada” in paragraphs 5(m),(n).

[27] Therefore, while the earlier statutory language referred to “organized government” or “His Majesty”, the present provision refers to “democratic government, institutions or processes as they are understood in Canada”.

Standard of Proof

[28] The standard of proof required in subparagraph 19(1)f(i) is one of “reasonable grounds”. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), this Court stated, at paragraph 60, that “reasonable grounds” is 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.

Standard of Review

[29] The certified question involves the interpretation of a statute. The proper standard of review with respect to the interpretation of the words “democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada” is one of correctness.

Analysis

[30] The principles of statutory interpretation are set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 [at paragraph 21] where Iacobucci adopted Driedger’s formulation in *Construction of Statutes* (2nd ed., 1983) and where he states 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”.

to organized government», or «[p]ersons who are members of or affiliated with any organization entertaining or teaching disbelief in or opposition to organized government»; or «[p]ersons guilty of espionage with respect to His Majesty or any of His Majesty’s allies». Ces dispositions ont été reportées dans la codification de 1927, *Loi de l’immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93. La *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1952 (Supp.), ch. 325 a introduit dans les alinéas 5m),n) les mots «institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada».

[27] Par conséquent, alors que l’ancienne formulation parlait de «gouvernement organisé» ou de «Sa Majesté», la disposition actuelle parle d’«institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada».

Norme de preuve

[28] La norme de preuve que requiert le sous-alinéa 19(1)f(i) est la norme des «motifs raisonnables». Dans l’arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297, la Cour d’appel fédérale a indiqué, au paragraphe 60, que la norme des «motifs raisonnables» est 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.

Norme de contrôle

[29] La question certifiée appelle l’interprétation d’une loi. La norme de contrôle à appliquer pour l’interprétation des mots «institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada» est la norme de la décision correcte.

Analyse

[30] Les principes de l’interprétation législative sont énoncés dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [au paragraphe 21], où le juge Iacobucci a fait siennes les vues exprimées par Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd., 1983), reproduites à la page 87: «[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 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».

[31] The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, at section 12 provides that:

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.

[32] The English text of subparagraph 19(1)(f)(i) refers to “democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada”; while the French text refers to “*institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada*”. The application Judge found that [at paragraph 39]: “These differences in the official languages are not, in my view, of any significance.” Counsel for the appellant, while bringing our attention to the difference in the wording, agreed that it was not a difference that was significant for the purpose of statutory interpretation.

[33] A reading of both versions makes it clear that the legislator intended that a broad meaning be given to the words found in this subparagraph.

[34] In applying subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*, the visa officer must examine firstly, the status of the organization, i.e., is it a democratic institution—*institution démocratique* within the meaning of the subparagraph, and secondly the conduct of the non-citizen, i.e., whether the non-citizen has engaged in acts of espionage or subversion against that democratic institution. The conduct of the non-citizen for the purpose of the subparagraph is only relevant if a determination has been made that the organization has the required status.

[35] In our view, the application Judge erred when he held that the expression “democratic government, institutions or processes” (or “*institutions démocratiques*” as used in the French text) was restricted to institutions and processes involving “political governance”. The expression also encompasses institutions and processes which although non-governmental, are part and parcel of the democratic fabric of Canada and there is no basis for limiting the purpose of paragraph 19(1)(f) in the manner suggested by the application Judge.

[36] Both the case law and the plain dictionary meaning of the relevant terms support the view that the

[31] La *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit en son article 12 que:

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.

[32] Le texte français du sous-alinéa 19(1)(f)(i) parle d’«institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada», tandis que le texte anglais parle de «*democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada*». Le juge des requêtes a estimé que [au paragraphe 39] «ces différences entre les deux versions officielles ne sont pas importantes». L’avocat de l’appelant, tout en attirant notre attention sur la différence entre les deux textes, a accordé qu’il ne s’agissait pas là d’une différence significative aux fins de l’interprétation législative.

[33] Une lecture des deux textes fait ressortir clairement que le législateur voulait que les mots apparaissant dans cette disposition soient interprétés d’une manière libérale.

[34] Lorsqu’il applique le sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l’immigration*, l’agent des visas doit examiner d’abord le statut de l’organisation, c’est-à-dire se demander s’il s’agit d’une institution démocratique—*a democratic institution*—au sens du sous-alinéa, et ensuite la conduite du non-citoyen, c’est-à-dire se demander si le non-citoyen s’est livré à des actes d’espionnage ou de subversion contre cette institution démocratique. La conduite du non-citoyen aux fins du sous-alinéa n’a d’utilité que si l’on est arrivé à la conclusion que l’organisation a le statut requis.

[35] À notre avis, le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu’il a affirmé que l’expression «institutions démocratiques» (ou «*democratic government, institutions or processes*», dans la version anglaise) se limitait aux institutions à caractère politique. L’expression englobe également les institutions qui, bien que non gouvernementales, font partie intégrante du tissu démocratique du Canada, et il n’y a aucune raison de limiter l’objet de l’alinéa 19(1)(f) de la manière proposée par le juge des requêtes.

[36] Tant la jurisprudence que le sens courant des expressions considérées permettent d’affirmer que les

expression in issue as it is understood in Canada is capable of a wide meaning. For instance, in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, the Supreme Court recognized that a union is a democratic institution different from government [at pages 326 and 330-331]:

I would also add that some of the concerns which might normally be raised by a compelled association are tempered when that association is, as in this case, established in accordance with democratic principles. Professor Norman Cantor, "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, is clear in his view that government should be able to confer on democratic institutions powers to receive payments for services and to contribute to causes serving their ends even though these may be objected to by dissenters.

...

The essential question is whether democracy in the workplace has been kept within its proper or constitutionally permissible sphere.

The experience of the United States is helpful in considering this difficult issue. The courts in that country have attempted to make a clear distinction between an individual's relationship with government and his or her relationship with other democratic institutions, such as professional associations and unions.

...

With respect to democratic institutions other than the government, and to unions in particular, the United States Supreme Court has attempted to draw the line between those actions designed "to promote the cause which justified bringing the group together" . . . and those actions which fall outside that sphere.

[37] We can conclude from *Lavigne* that there are democratic institutions in Canada other than the government, such as, but not limited to, professional associations and unions.

[38] In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, at page 381, Justice Cory (dissenting on another issue, i.e., the right to bargain collectively) stated that the right of an individual to associate with others enables the individual to better participate in the democratic process by acting through a group, therefore

mots dont il s'agit, tels qu'ils sont compris au Canada, peuvent recevoir une large signification. Ainsi, dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un syndicat est une institution démocratique qui se distingue d'un gouvernement [aux pages 326, 330 et 331]:

J'ajouterais également que certaines des préoccupations que pourrait normalement soulever l'association forcée sont atténuées lorsque cette association est, comme en l'espèce, constituée conformément aux principes démocratiques. Le professeur Norman Cantor, dans «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, exprime clairement l'avis que le gouvernement devrait être en mesure de conférer à des institutions démocratiques le pouvoir de recevoir paiement pour leurs services et de contribuer à des causes servant leurs fins, et ce, malgré l'opposition de dissidents.

[. . .]

La question essentielle est alors de savoir si la démocratie en milieu de travail a été maintenue dans les limites qui lui sont appropriées ou qui sont constitutionnellement acceptables.

Pour résoudre cette épineuse question, il est utile d'examiner l'expérience des États-Unis. Les tribunaux de ce pays se sont efforcés d'établir une distinction claire entre les relations de l'individu avec le gouvernement et celles qu'il entretient avec d'autres institutions démocratiques, telles les associations professionnelles et les syndicats.

[. . .]

En ce qui a trait aux institutions démocratiques autres que le gouvernement, en particulier les syndicats, la Cour suprême des États-Unis a tenté de tracer une ligne de démarcation entre les actions destinées [TRADUCTION] «à promouvoir la cause qui a justifié la constitution du groupe» [. . .] et les actions excédant cette sphère.

[37] Nous pouvons conclure de l'arrêt *Lavigne* qu'il y a au Canada des institutions démocratiques autres que le gouvernement, par exemple les associations professionnelles et les syndicats.

[38] Dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, à la page 381, le juge Cory (dissident sur un autre point, c.-à-d. le droit de négocier collectivement) a affirmé que le droit d'une personne de s'associer à d'autres lui permet de mieux participer au processus démocratique en agissant par

recognizing that democratic processes are not limited to the government.

The right of the individual employee to join the association of his or her choice seems to me to be of fundamental importance. It not only enables the individual to better participate in the democratic process by acting through a group, but it permits the individuals to act in concert to seek fairness in wage settlements and working conditions. At the very least, the forming or changing of an entity to undertake collective bargaining is entitled to the protection of the Charter right of freedom of association.

[39] In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 396 Justice McIntyre recognized the role of freedom of association in a democracy:

Our society supports a multiplicity of organized groups, clubs and associations which further many different objectives, religious, political, educational, scientific, recreational, and charitable. This exercise of freedom of association serves more than the individual interest, advances more than the individual cause; it promotes general social goals. Of particular importance is the indispensable role played by freedom of association in the functioning of democracy.

[40] In the *Dictionary of Politics*, 7th ed., Lawrenceville, Virginia: Brunswick Publishing Corp., 1992, by Walter John Raymond, the words “institution” is defined as follows:

Institution. The delivery system for the implementation of an idea, a will, or a certain desired end, consisting of people who are behaving and interacting according to preset patterns (e.g., discipline and loyalty), and who perform their designated functions according to preset goals and objectives.

[41] According to *Le Grand Robert de la Langue Française*, 1985, the current meaning of the word “institution” is as follows:

[TRANSLATION] **Institution.** . . . Court. That which is instituted (body politic, group, foundation, legal or social regime). . . human, national, international, political, religious institutions

An institution can take the form of a legal entity of public (e.g.: State, Parliament) or private (e.g.: association) law, a non-personalized group, a foundation or a legal regime

l’entremise d’un groupe, et il reconnaissait par là que les processus démocratiques ne se limitent pas au gouvernement.

Le droit d’un employé à titre individuel d’adhérer à une association de son choix me paraît avoir une importance fondamentale. Non seulement permet-il à la personne de mieux participer au processus démocratique en agissant par l’intermédiaire d’un groupe, mais il permet en outre aux personnes d’agir de concert en vue d’obtenir des conditions de travail et des salaires équitables. À tout le moins, la formation ou le changement de l’entité qui doit procéder à des négociations collectives est protégé en vertu de la liberté d’association consacrée par la *Charte*.

[39] Dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 396, le juge McIntyre a reconnu le rôle de la liberté d’association dans une démocratie:

Notre société reconnaît l’existence d’une multitude de groupes organisés, de clubs et d’associations qui poursuivent des objectifs fort variés d’ordre religieux, politique, éducatif, scientifique, récréatif et charitable. Cet exercice de la liberté d’association ne fait pas que servir les intérêts ou la cause de l’individu, il favorise la réalisation d’objectifs sociaux généraux. Le rôle que la liberté d’association joue dans le fonctionnement de la démocratie revêt une importance particulière.

[40] Dans le *Dictionary of Politics*, 7^e éd., Lawrenceville, Virginia: Brunswick Publishing Corp., 1992, par Walter John Raymond, le mot «institution» est défini ainsi:

[TRADUCTION] **Institution.** Le système de mise en œuvre d’une idée, d’une volonté, ou d’un certain but, constitué de personnes qui se comportent et interagissent selon des schémas préétablis (p. ex. discipline et loyauté) et qui exercent leurs fonctions propres selon des buts et objectifs préétablis.

[41] Selon *Le Grand Robert de la Langue Française*, 1985, le sens courant du mot «institution» est le suivant:

Institution. [. . .] Cour. La chose instituée (personne morale, groupement, fondation, régime légal, social) [. . .] institutions humaines, institution nationale, internationale, institutions politiques, religieuses [. . .]

L’institution peut se présenter sous la forme d’une personne morale de droit public (ex.: État, Parlement), ou de droit privé (ex.: association), ou d’un groupement non personnalisé, ou d’une fondation, ou d’un régime légal [. . .]

...

[...]

Collective. Educ. The *Institution*: a group of organized structures that perpetuate themselves in each area of social activity. *The legal, literary, artistic . . . institutions of a society*.

Collectif. Didact. L'*institution*: l'ensemble des structures organisées tendant à se perpétuer, dans chaque secteur de l'activité sociale. *L'institution juridique, littéraire, artistique [...] d'une société*.

[42] The *Blackwell Encyclopaedia of Political Science*, Oxford (U.K.): Blackwell Publishers, 1991, at pages 167 and 168 also acknowledges that democratic processes and democratic institutions are not always related to government:

[42] Le *Blackwell Encyclopaedia of Political Science*, Oxford (R.-U.): Blackwell Publishers, 1991, aux pages 167 et 168, reconnaît lui aussi que les processus démocratiques et les institutions démocratiques ne sont pas toujours rattachés au gouvernement:

Modern Democratic regimes are distinguished by the existence, legality and legitimacy of a variety of autonomous organizations and associations that are relatively independent in relation to the government and to one and another. This characteristic is often referred to as PLURALISM.

[TRADUCTION] Les régimes démocratiques modernes se distinguent par l'existence, la légalité et la légitimité d'une diversité d'organisations et associations autonomes qui sont relativement indépendantes par rapport au gouvernement et les unes par rapport aux autres. Cette caractéristique est souvent appelée le PLURALISME.

[43] In the *Oxford Companion to Politics of the World*, New York: Oxford University Press, 1993, at page 223, in contemporary circumstances, marked by a high degree of social, economic, and political differentiation, the author concluded that: A system of institutions to promote discussion, debate, and competition among divergent views, a system encompassing the formation of movements, pressure group, and/or political parties with leaderships to help press their cases appears both necessary and desirable.

[43] Dans le *Oxford Companion to Politics of the World*, New York: Oxford University Press, 1993, à la page 223, l'auteur concluait que, dans le monde d'aujourd'hui, marqué par un niveau élevé de différenciation sociale, économique et politique, [TRADUCTION] «un réseau d'institutions destinées à promouvoir la discussion, le débat ainsi que la rivalité entre des vues divergentes, un réseau englobant la formation de mouvements, de groupes de pression et/ou de partis politiques dotés de chefs capables de faire avancer leurs idées semble à la fois nécessaire et souhaitable».

[44] The Supreme Court in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at page 254 made this significant statement on the democratic process:

[44] Dans l'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, à la page 254, la Cour suprême du Canada s'est exprimée avec éloquence sur le processus démocratique:

Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, as suggested in *Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 306, democracy is fundamentally connected to substantive goals, most importantly, the promotion of self-government. Democracy accommodates cultural and group identities: *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, at p. 188. Put another way, a sovereign people exercises its right to self-government through the democratic process. In considering the scope and purpose of the *Charter*, the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, articulated some of the values inherent in the notion of democracy (at p. 136):

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l'indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

[45] It follows that both the words “institution” and “process” when qualified by the word “democratic” are capable of a meaning which transcends government.

[46] In Canada, a democratic institution is not limited to a political institution, it includes organized groups who seek through democratic means to influence government policies and decisions.

[47] Canada is a pluralistic society with a variety of autonomous organizations independent of the government and to one and other.

[48] As a free and democratic society, Canada values and protects democratic non-governmental institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

[49] As with the meaning to be given to “freedom of association” in paragraph 2(d) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985 (Appendix II, No. 44)], the concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued (see *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, Le Dain J., at page 390).

[50] Accordingly, a democratic institution for the purpose of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act* consists of a structured group of individuals established in accordance with democratic principles with preset goals and objectives who are engaged in

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

[45] Il s'ensuit que le mot «institution» et le mot «processus», lorsqu'ils sont accompagnés du mot «démocratique», sont tous deux capables d'une signification qui transcende la notion de gouvernement.

[46] Au Canada, une institution démocratique ne se limite pas à une institution politique, elle comprend les groupes organisés qui cherchent par des moyens démocratiques à influencer les politiques et décisions gouvernementales.

[47] Le Canada est une société pluraliste qui compte une diversité d'organisations autonomes indépendantes du gouvernement et indépendantes les unes par rapport aux autres.

[48] En tant que société libre et démocratique, le Canada chérit et protège les institutions non gouvernementales démocratiques qui renforcent la participation des individus et des groupes dans la société.

[49] Comme pour le sens qu'il faut donner à l'expression «liberté d'association» que l'on trouve à l'alinéa 2d) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], la notion doit être appliquée à toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, dont les objectifs sont très variés et dont les activités visent à atteindre ces objectifs (voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra*, le juge Le Dain, à la page 390).

[50] Par conséquent, une institution démocratique aux fins du sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l'immigration* consiste en un groupe structuré d'individus établi dans le respect des principes démocratiques, avec des buts et objectifs préétablis, qui se livre au Canada à des activités

lawful activities in Canada of a political, religious, social or economic nature.

[51] In the case of trade unions, professional associations and political parties, it will be easier to ascertain that their structures, their goals and their activities bring them within the definition of a democratic institution for the purpose of the subparagraph.

Answer to Certified Question

[52] The answer to the certified question is as follows: the application Judge erred in his interpretation of the expression “democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada”, by limiting it to institutions exercising political (governmental) authority.

Disposition

[53] Based on his interpretation of subparagraph 19(1)(f)(i) of the *Immigration Act*, the application Judge concluded that the CSSA was not a democratic institution for the purpose of the subparagraph and therefore did not address the issue of whether the CSSA was a democratic institution within the broader meaning we have given to this expression.

[54] In our view the visa officer also did not address in the refusal letter the status of the CSSA. The refusal letter deals primarily with the issue of espionage and subversion and refers to the gathering of information used for intelligence purposes, that relate to the Charter rights of individuals in Canada.

[55] The visa officer did not in his refusal letter address the issue of the status of the CSSA.

[56] Accordingly, in view of our answer to the certified question, the appeal will be allowed and, making the order that the application Judge should have made, the matter will be remitted to a visa officer for redetermination in accordance with these reasons.

DÉCARY J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

licites de nature politique, religieuse, sociale ou économique.

[51] Dans le cas des syndicats, des associations professionnelles et des partis politiques, il sera plus facile de vérifier si leurs structures, leurs buts et leurs activités les font entrer dans la définition d’une institution démocratique aux fins du sous-alinéa.

Réponse à la question certifiée

[52] La réponse à la question certifiée est la suivante: le juge des requêtes a commis une erreur dans son interprétation des mots «institutions démocratiques, au sens où cette expression s’entend au Canada», en restreignant les mots en question aux institutions exerçant un pouvoir politique (gouvernemental).

Dispositif

[53] Compte tenu de son interprétation du sous-alinéa 19(1)(f)(i) de la *Loi sur l’immigration*, le juge des requêtes a conclu que la CSSA n’était pas une institution démocratique aux fins du sous-alinéa et par conséquent ne s’est pas demandé si la CSSA était une institution démocratique selon le sens élargi que nous avons donné à cette expression.

[54] À notre avis, l’agent des visas n’a pas lui non plus abordé dans la lettre de refus le statut de la CSSA. La lettre de refus traite principalement de la question de l’espionnage et de la subversion et parle de la collecte de données devant servir pour le renseignement et se rapportant aux droits fondamentaux de la personne au Canada.

[55] L’agent des visas n’a pas dans sa lettre de refus abordé la question du statut de la CSSA.

[56] En conséquence, vu notre réponse à la question certifiée, l’appel sera accueilli et, l’ordonnance rendue étant celle que le juge des requêtes aurait dû rendre, l’affaire sera renvoyée à un agent des visas pour nouvelle décision conforme aux présents motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J’y souscris.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: J’y souscris.

Appendix

An Act to amend the Immigration Act, S.C. 1919, c. 25.

3. (6)

(n) Persons who believe in or advocate the overthrow by force or violence of the Government of Canada or of constituted law and authority, or who disbelieve in or are opposed to organized government, or who advocate the assassination of public official, or who advocate or teach the unlawful destruction or property;

(o) Person who are members of or affiliated with any organization entertaining or teaching disbelief in or opposition to organized government, or advocating or teaching the duty, necessity, or propriety of the unlawful assaulting or killing or any officer or officers either of specific individual or of officers generally, of the Government of Canada or of any other organized government, because of his or their official character, or advocating or teaching the unlawful destruction of property;

. . .

(q) Persons guilty of espionage with respect to His Majesty or any of His Majesty's allies;

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

. . .

(i) to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society; and

. . .

4. (1) A Canadian citizen and, subject to section 10.3, a permanent resident have a right to come into Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that person is a person described in subsection 27(1).

(2) Subject to any other Act of Parliament, a Canadian citizen and a permanent resident have a right to remain in Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that that person is a person described in subsection 27(1).

. . .

5. (1) No person, other than a person described in section 4, has a right to come into or remain in Canada.

Appendice

Loi modifiant la Loi de l'Immigration, S.C. 1919, ch. 25.

3. (6) [. . .]

(n) les personnes qui croient au renversement ou qui préconisent le renversement, par la force ou la violence, du gouvernement du Canada ou de la loi ou de l'autorité constituée, ou qui ne croient pas à un gouvernement organisé et s'y opposent, ou qui conseillent l'assassinat de fonctionnaires publics, ou qui préconisent ou enseignent la destruction illicite de la propriété;

(o) les personnes qui sont membres d'une, ou affiliées à une organisation qui préconise ou qui enseigne la non-croyance ou l'opposition à un gouvernement organisé, ou qui préconisent ou prêchent le devoir, la nécessité ou l'opportunité de se porter illégalement à des voies de fait sur, ou de tuer, un ou des fonctionnaires, soit des individus en particulier ou des fonctionnaires en général, du gouvernement du Canada ou de tout autre gouvernement;

[. . .]

(q) les personnes coupables d'espionnage à l'égard de Sa Majesté ou de tout allié de Sa Majesté;

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[. . .]

i) de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada;

[. . .]

4. (1) Ont le droit d'entrer au Canada les citoyens canadiens et, sous réserve de l'article 10.3 sauf s'il a été établi qu'ils appartiennent à l'une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents.

(2) Sous réserve des autres lois fédérales, les citoyens canadiens et, sauf s'il a été établi qu'ils appartiennent à l'une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada.

[. . .]

5. (1) Seules les personnes visées à l'article 4 sont de droit autorisées à entrer au Canada et à y demeurer.

(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.

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(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;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) have engaged in terrorism, or

(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;

(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;

...

(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.

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[...]

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;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

(i) soit se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(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;

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;

[...]

(k) persons who constitute a danger to the security of Canada and are not members of a class described in paragraph (e), (f) or (g); or

k) celles qui constituent un danger envers la sécurité du Canada, sans toutefois appartenir à l'une des catégories visées aux alinéas e), f) ou g);

T-1770-98
2001 FCT 1350

T-1770-98
2001 CFPI 1350

Dr. Giorgio Copello (*Applicant*)

v.

The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: COPELLO v. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T.D.)

Trial Division, Heneghan J.—Ottawa, June 11 and December 10, 2001.

Crown — Prerogatives — Expulsion of diplomats matter of Crown prerogative and immune from judicial review.

Administrative Law — Judicial Review — Expulsion of diplomats matter of Crown prerogative and immune from judicial review — Persona non grata declaration not legal issue but one remaining in political arena — Diplomatic note not decision — Applicant, in Canada only in representative capacity, lacking independent status, therefore without standing to challenge Minister's actions — Expulsion not administrative decision; applicant not deported and not owed duty of fairness.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Expulsion of diplomat — As Vienna Convention, Art. 9 (notification that mission member persona non grata) never implemented by Canadian legislation, not part of domestic law — Exclusion of Art. 9 can only mean Parliament intended expulsion of diplomats to remain matter of Crown prerogative, immune from judicial review — Persona non grata declaration not legal issue but one remaining in political arena.

The applicant, a diplomat with the Italian Foreign Ministry, was involved in an unpleasant incident at a motel in the Yukon Territory (display of ill-temper towards motel staff), following which a motel employee forwarded a complaint to the Italian Ambassador. He was also involved in an incident at the Vancouver Airport, where he refused to be searched after the metal detector went off and allegedly stated that he did not have a bomb but would bring a real one next time. The RCMP prepared a report. The Foreign Affairs Department issued a series of diplomatic notes and finally requested that the applicant and his family depart from Canada. The applicant sought an interview with the Minister of Foreign Affairs, but that request was not acted upon. The Italian Embassy recalled

Dr Giorgio Copello (*demandeur*)

c.

Le ministre des Affaires étrangères et le Procureur général du Canada (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: COPELLO c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Heneghan—Ottawa, 11 juin et 10 décembre 2001.

Couronne — Prérogatives — L'expulsion des diplomates relève de la prérogative royale et échappe au contrôle judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — L'expulsion des diplomates relève de la prérogative royale et échappe au contrôle judiciaire — Une déclaration de persona non grata n'est pas une question juridique, mais demeure dans l'arène politique — Une note diplomatique n'est pas une décision — Le demandeur était au Canada uniquement en tant que représentant et n'avait aucun statut indépendant — Il n'avait pas la qualité nécessaire pour contester les mesures prises par le ministre — L'expulsion n'est pas une décision administrative; le demandeur n'est pas expulsé et aucune obligation d'équité ne lui est due.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Expulsion d'un diplomate — Étant donné que l'art. 9 (avis qu'un membre de la mission est persona non grata) de la Convention de Vienne n'a jamais été adopté par une loi canadienne, il ne fait pas partie du droit interne — L'exclusion de l'art. 9 ne peut que signifier que le législateur avait l'intention que l'expulsion des diplomates demeure une question de prérogative royale et échappe au contrôle judiciaire — La déclaration de persona non grata n'est pas une question juridique, mais demeure dans l'arène politique.

Le demandeur, diplomate auprès du ministère des Affaires étrangères de l'Italie, a été impliqué dans un incident désagréable dans un motel du Yukon (expression de son mécontentement à l'égard du personnel du motel), à la suite de quoi une employée du motel a porté plainte à l'ambassadeur d'Italie. Un autre incident s'est produit à l'aéroport de Vancouver, où il a refusé d'être fouillé après le déclenchement du détecteur de métal et il aurait déclaré qu'il n'avait pas de bombe sur lui, mais qu'il en transporterait une vraie la prochaine fois. La GRC a établi un rapport. Le ministère des Affaires étrangères a envoyé une série de notes diplomatiques et a finalement demandé que le demandeur et sa famille quittent le Canada. Le demandeur a sollicité une entrevue avec

the applicant to Rome. He then brought this application to quash the Minister's decision requesting that he be recalled.

Three issues arose from this application: whether the Court had jurisdiction; whether the applicant had standing; if the decision was subject to judicial review, whether there was a requirement for procedural fairness.

Held, the application should be dismissed.

This matter was not justiciable. Generally, exercise of the Crown prerogative has been held to be beyond the scope of judicial review. In *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, the Supreme Court of Canada did hold that when the exercise of the Crown prerogative violates an individual's rights provided by the Charter, then that exercise of prerogative power can be reviewed by the Court. The prevailing consideration in determining whether the exercise of a prerogative power is subject to judicial review is its subject matter, not its source. The subject matter herein was the Minister's request to the Republic of Italy for the recall of the applicant. The applicant was in Canada solely as a result of his appointment as a member of the staff of the Embassy of Italy. The request for his recall amounted to a declaration of *persona non grata*.

The issue, then, was whether the request had been made pursuant to the exercise of the Crown prerogative or if it was made pursuant to a domestic statute. Article 9 of the Vienna Convention, which grants the state the right to declare any member of the diplomatic staff of a country *persona non grata*, without having to explain its decision, has not been implemented in Canada. The exclusion of the Article can only mean that Parliament intended that the expulsion of diplomats remain in the sphere of the Crown prerogative in the conduct of foreign affairs by Canada, and immune from judicial review. A declaration of *persona non grata* is not a legal issue and remains in the political arena. The decision is not justiciable. The decision itself is not reviewable and the Court should not intervene in what is essentially a matter of the prerogative.

As to standing, the diplomatic note was not a "decision", but a communication between states. The applicant was in Canada only in a representative capacity and as such, he held no independent status. He therefore lacked standing to challenge the actions of the Minister.

As for the alleged breach of the duty of fairness, the declaration of *persona non grata* is not an administrative function carried out by the Minister pursuant to the Act. It is

le ministre des Affaires étrangères, mais cette demande n'a pas eu de suite. L'ambassade italienne a rappelé le demandeur à Rome. Ce dernier a alors déposé la présente demande afin que soit infirmée la décision du ministre demandant qu'il soit rappelé à Rome.

La présente demande soulève trois questions: la Cour avait-elle compétence; le demandeur avait-il qualité pour agir; si la décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, y a-t-il obligation de respecter l'équité procédurale?

Jugement: la demande doit être rejetée.

Il ne s'agit pas d'un différend justiciable. Généralement, l'exercice de la prerogative royale échappe au domaine du contrôle judiciaire. Dans *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, la Cour suprême du Canada a statué que lorsque l'exercice de la prerogative royale porte atteinte aux droits d'un individu qui sont garantis par la Charte, alors l'exercice de ce pouvoir en vertu de la prerogative peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. La question primordiale qu'il convient de poser pour déterminer si l'exercice d'un pouvoir en vertu de la prerogative peut être assujéti au contrôle judiciaire porte sur son objet et non sur sa source. L'objet de la présente instance est la demande du ministre adressée à la République italienne de rappeler le demandeur. Le demandeur ne doit sa présence au Canada qu'au fait de sa nomination en tant que membre du personnel de l'ambassade d'Italie. La demande de rappel équivaut à une déclaration de *persona non grata*.

La question est donc de savoir si cette demande a été présentée en vertu de l'exercice de la prerogative royale ou aux termes d'une loi nationale. L'article 9 de la Convention de Vienne, qui accorde à l'État le droit de déclarer tout membre du personnel diplomatique d'un pays *persona non grata*, sans avoir à fournir d'explication, n'a pas été intégré au droit canadien. L'exclusion de l'article ne peut que signifier que le législateur avait l'intention que l'expulsion des diplomates demeure dans la sphère de la prerogative royale dans la conduite des affaires étrangères par le Canada, et échappe au contrôle judiciaire. Une déclaration de *persona non grata* n'est pas une question juridique mais demeure dans l'arène politique. La décision n'est pas justiciable. La décision elle-même ne peut faire l'objet d'un contrôle et la Cour n'interviendra pas dans ce qui est essentiellement une question de prerogative.

Pour ce qui est de la qualité pour agir, la note diplomatique n'est pas une «décision», mais une communication entre États. Le demandeur était au Canada uniquement en tant que représentant et, à ce titre, il n'avait aucun statut indépendant. Il n'avait donc pas la qualité nécessaire pour contester les mesures prises par le ministre.

Pour ce qui concerne l'allégation de manquement à l'obligation d'équité, la déclaration de *persona non grata* n'est pas une fonction administrative exercée par le ministre aux

not analogous to a deportation order. The degree of procedural fairness owed is dependent on whether it is a right or a privilege that is at issue. It is apparent that this case involves the loss of a privilege, not a right. Since the applicant was not owed a duty of fairness, there was no breach of that duty.

termes de la Loi. Il ne s'agit pas d'une mesure d'expulsion. Le degré d'équité procédurale qui lui est dû dépend de la question de savoir s'il s'agit d'un droit ou d'un privilège qui est en cause. Il ressort clairement qu'en l'espèce il s'agit de la perte d'un privilège et non d'un droit. Aucune obligation d'équité n'était due au demandeur et, par conséquent, il n'y a pas eu manquement à cette obligation.

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].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18(1)(a) (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8; 1992, c. 33, s. 69; c. 49, s. 128; 1993, c. 34, s. 70; 1996, c. 10, s. 229; c. 23, s. 187; 1998, c. 26, s. 73; 1999, c. 31, s. 92).

Foreign Missions and International Organizations Act, S.C. 1991, c. 41, ss. 3, 4(1) (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(n)).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, [1966] Can. T.S. No. 29, Arts. Preamble, 4, 9, 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

REFERRED TO:

Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel, [1920] A.C. 508 (H.L.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; (1981), 34

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].

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, [1966] R.T. Can. n° 29 art. préambule, 4, 9, 32.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18(1)a) (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8; 1992, ch. 33, art. 69; ch. 49, art. 128; 1993, ch. 34, art. 70; 1996, ch. 10, art. 229; ch. 23, art. 187; 1998, ch. 26, art. 73).

Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, L.C. 1991, ch. 41, art. 3, 4(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)n)).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel, [1920] A.C. 508 (H.L.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981]

Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man.R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All ER 1380 (C.A.); *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 542; 9 N.R. 541; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; [1943] 2 D.L.R. 481; [1943] C.T.C. 157; *Rose v. The King*, [1947] 3 D.L.R. 168; (1946), 88 C.C.C. 114; 3 C.R. 277 (Que. K.B.); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Inuvialuit Regional Corp. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 502; (1992), 5 Admin. L.R. (2d) 66; 53 F.T.R. 1 (T.D.).

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf ed. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
 Woolf, Harry. *De Smith, Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review*, new abridged ed. London: Sweet and Maxwell, 1999.

APPLICATION for judicial review of the Minister of Foreign Affairs' diplomatic note requesting that the applicant be recalled to Italy. Application dismissed.

APPEARANCES:

Dr. Giorgio Copello on his own behalf.
 Linda J. Wall for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

HENEGHAN J.:

INTRODUCTION

[1] Dr. Giorgio Copello (the applicant) seeks an order quashing the decision of the Minister of Foreign Affairs and International Trade (the Minister) contained in the diplomatic note XDC-2317 (the note) dated August 5,

1 R.C.S. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man.R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All ER 1380 (C.A.); *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 542; 9 N.R. 541; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; [1943] 2 D.L.R. 481; [1943] C.T.C. 157; *Rose v. The King*, [1947] 3 D.L.R. 168; (1946), 88 C.C.C. 114; 3 C.R. 277 (B.R. Qué.); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Société Inuvialuit régionale c. Canada*, [1992] 2 C.F. 502; (1992), 5 Admin. L.R. (2d) 66; 53 F.T.R. 1 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf ed. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
 Woolf, Harry. *De Smith, Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review*, new abridged ed. London: Sweet and Maxwell, 1999.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une note diplomatique du ministre des Affaires étrangères demandant que le demandeur soit rappelé en Italie. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Dr Giorgio Copello en son propre nom.
 Linda J. Wall pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE HENEGHAN:

INTRODUCTION

[1] Le Dr Giorgio Copello (le demandeur) réclame une ordonnance annulant la décision du ministre des Affaires étrangères et du Commerce international (le ministre) communiquée dans la note diplomatique XDC-2317 (la

1998 which requested of the Republic of Italy that the applicant leave Canada.

FACTS

[2] The applicant is a career diplomat with the Italian Foreign Ministry and has been so employed for more than 20 years. He studied political science and obtained the title of "Doctor". Later he pursued specialized military studies at the Royal Military College at Shrivenham, London, England. He has held diplomatic postings in India, Germany, the United Arab Emirates and Norway. He was posted to Ottawa as Counsellor for Immigration and Social Affairs in August 1995. His diplomatic career proceeded without incident until April 1998 when a letter of complaint about the applicant was sent to the Ambassador of Italy to Canada.

[3] That letter, dated April 24, 1998, was sent by one Ms. Lynn Smith, an employee of the Stratford Motel in Whitehorse, Yukon Territory.

[4] Ms. Smith alleged that certain unpleasant exchanges occurred between the applicant and motel staff when the applicant and his wife were registering upon their arrival on April 17, 1998. The letter also refers to a further display of ill-temper by the applicant, in the presence of his wife, upon their departure on the following day. In particular, the letter records that the applicant referred to his status as an Italian diplomat in Canada and expressed displeasure about the manner in which he and his wife had been treated by the motel staff upon their arrival when a request was made for the production of the applicant's credit card.

[5] Following their departure from Whitehorse, the applicant, together with his wife, transited Vancouver International Airport *en route* to Ottawa on April 19, 1998. His presence there came to the attention of the Minister and of the Italian Embassy following the submission of a report from the Richmond, British Columbia detachment of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP).

[6] Consequently, on April 22, 1998, a diplomatic note, note number XCC-1134, was issued by the Department of Foreign Affairs and International Trade

note), en date du 5 août 1998, par laquelle il demandait à la République italienne de faire en sorte que le demandeur quitte le Canada.

LES FAITS

[2] Le demandeur est un diplomate de carrière auprès du ministère des Affaires étrangères de l'Italie depuis plus de 20 ans. Il a fait des études en sciences politiques et a obtenu le titre de «docteur». Par la suite, il a fait des études militaires spécialisées au Royal Military College de Shrivenham, à Londres (Angleterre). Il a occupé des postes diplomatiques en Inde, en Allemagne, dans les Émirats arabes unis et en Norvège. Il a été affecté à Ottawa en tant que conseiller à l'immigration et aux affaires sociales en août 1995. Sa carrière diplomatique s'est déroulée sans incident jusqu'en avril 1998, date à laquelle l'ambassadeur d'Italie au Canada a reçu une lettre de plainte à son sujet.

[3] La lettre, datée du 24 avril 1998, a été envoyée par M^{me} Lynn Smith, une employée du motel Stratford à Whitehorse (territoire du Yukon).

[4] M^{me} Smith allègue que certains échanges désagréables ont eu lieu entre le demandeur et le personnel du motel quand le demandeur et son épouse se sont enregistrés à leur arrivée le 17 avril 1998. La lettre fait également référence à un autre incident où le demandeur, en présence de son épouse, a manifesté sa mauvaise humeur à leur départ le lendemain. Plus particulièrement, la lettre signale que le demandeur a fait référence à son statut de diplomate italien au Canada et exprimé son mécontentement sur la manière dont son épouse et lui ont été traités par le personnel du motel à leur arrivée, c'est-à-dire quand on lui a demandé de produire sa carte de crédit.

[5] Après leur départ de Whitehorse, le demandeur et son épouse ont transité par l'Aéroport international de Vancouver en route vers Ottawa le 19 avril 1998. Sa présence à l'aéroport a été portée à l'attention du ministre et de l'Ambassade italienne après le dépôt d'un rapport par le détachement de Richmond (Colombie-Britannique) de la Gendarmerie royale du Canada (GRC).

[6] Par la suite, le 22 avril 1998, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le Ministère) du gouvernement du Canada a rédigé une note

(the Department) of the Government of Canada. The diplomatic note, dated April 22, 1998, reads in part as follows:

... Mr. Copello's attitude and aggressiveness towards the airport security officers and members of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) were unacceptable. A summary of the police report is attached. The Department expects all foreign officials to cooperate with airport security officials and officers of the RCMP. [Applicant's application record, at page 26].

[7] That police report outlined the response of the RCMP to a request from the Vancouver Airport Security Screening relative to the applicant. According to the report, the applicant had activated the metal detector arch when he walked through it. When questioned by the security personnel with a request to search him and the plastic bag which he was carrying, the applicant reportedly would not allow the search and passed the bag to his wife who was accompanying him.

[8] The report goes on to say that the applicant, without prompting, stated that the bag did not contain a bomb. When the security agent repeated his request to look inside the bag, the applicant allegedly became aggressive and said that he "would bring a real one next time".

[9] When the RCMP arrived, the applicant was told that it was necessary to check his bag if he wished to board a flight. The applicant then opened the bag and showed that it contained a few branches of a pussy willow plant. In response to the police request for identification, the applicant produced an Italian passport. The police report described the applicant's behaviour as agitated and aggressive.

[10] After receiving the diplomatic note dated April 22, 1998, the applicant contacted the RCMP about the Vancouver airport incident. He received a letter from Inspector A. L. MacIntyre. The letter, dated June 1, 1998, confirmed that no offence had been committed by the applicant and also says that the initial police report used broad language, as follows:

diplomatique, portant le numéro XCC-1134. Cette note, datée du 22 avril 1998, se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] [. . .] L'attitude et l'agressivité de M. Copello à l'égard des agents de sécurité de l'aéroport et des membres de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) ont été inacceptables. Un résumé du rapport de police est joint à la présente. Le ministère s'attend que tous les représentants étrangers collaborent avec le personnel de sécurité des aéroports et avec les agents de la GRC. [Dossier de la demande, à la page 26.]

[7] Ce rapport de police fait état de la réponse de la GRC à une demande du service de contrôle de sécurité de l'Aéroport de Vancouver concernant le demandeur. Selon le rapport, le détecteur de métal s'est déclenché quand le demandeur est passé dans le tunnel. Quand le personnel de sécurité lui a posé des questions et a demandé à fouiller le sac de plastique qu'il transportait, ainsi que lui-même, le demandeur aurait refusé la fouille et passé le sac à son épouse qui l'accompagnait.

[8] Le rapport poursuit en indiquant que le demandeur, sans aucune incitation du personnel, a déclaré que le sac ne contenait pas de bombe. Quand l'agent de sécurité a répété qu'il souhaitait examiner l'intérieur du sac, le demandeur serait devenu agressif et aurait déclaré qu'il [TRADUCTION] «transporterait une vraie bombe la prochaine fois».

[9] Quand la GRC est arrivée sur les lieux, le demandeur a été informé que, s'il souhaitait monter à bord, le sac devait être vérifié. Le demandeur a donc ouvert le sac et montré que celui-ci contenait quelques branches de saule discoloré. En réponse à la demande d'identification de la police, le demandeur a produit son passeport italien. Le rapport de police indique que le demandeur avait un comportement agité et agressif.

[10] Après avoir reçu la note diplomatique du 22 avril 1998, le demandeur a communiqué avec la GRC au sujet de l'incident qui s'était produit à l'Aéroport de Vancouver. Il a reçu une lettre de l'inspecteur A. L. MacIntyre. La lettre, datée du 1^{er} juin 1998, confirmait que le demandeur n'avait commis aucune infraction et précisait également que le premier rapport de police utilisait des termes vagues:

Dear Mr. Copello:

This is in response to your letter directed to Cpl. Jim Allen regarding an incident on 98-04-28 at Vancouver International Airport—Domestic Terminal Preboard Screening. As a result of your concerns we have checked with the investigating officer, CST. Mike Liu. He states that although he used the terms “aggressive and threatening” in his narrative, these terms were loosely used. He did indicate that you were upset and uncooperative and that those would have been better words to use. I apologize to you for that.

Regarding your alleged statement that you would “bring a real bomb next time,” this is an allegation made by the security guard at the screening point. This was not divulged to police on their arrival but in a subsequent written statement and cannot be corroborated. It is common knowledge around any major airport that comments mentioning bombs or any like devices, irrespective of how candid they may be, are dealt within [*sic*] a most serious manner.

In this case, on a review of the matter Cpl. Allen did not feel that an offence had taken place and as a result the file was concluded. It should be noted that our attendance at this complaint is mandatory as per Canadian laws and we are required to investigate all such complaints thoroughly. Also, in that an embassy official was involved it is our policy to report such matters to our headquarters in Ottawa for their information and action if required.

As to confirming your statement being accurate one way or another, I cannot do that in that I was not there when the incident happened. What I can say is that clearly you caused a fuss at a preboard screening area prior to boarding a commercial airliner.

You made comments that were inappropriate and your manner in dealing with the security and police personnel on site was less than satisfactory. They have a job to do and that is to ensure a safe and secure environment for passengers and aircraft. This is a serious business and they take their responsibilities in the same light.

We regret that this incident has caused you concern or embarrassment, but you must accept the fact that you initiated the interaction which precipitated a police response. [Applicant’s application record, at pages 28 and 29.]

[11] The applicant sent a copy of this letter to the Department under cover of a letter from his former solicitor on June 22, 1998.

[TRADUCTION]

Monsieur,

La présente fait suite à votre lettre adressée au Caporal Jim Allen concernant un incident qui s’est produit le 28 avril 1998 au contrôle de sécurité au pré-embarquement à l’aérogare du trafic intérieur de l’Aéroport international de Vancouver. Pour être en mesure de répondre à vos questions, nous avons fait des vérifications auprès de l’agent enquêteur, le gendarme Mike Liu. Il déclare que, bien qu’il ait utilisé les termes «agressif et menaçant» dans son rapport, ces termes ont été utilisés dans un sens large. Il a en fait indiqué que vous étiez perturbé et peu coopératif et que ce sont là des mots qu’il aurait été préférable d’employer. Veuillez accepter mes excuses pour cette erreur.

Concernant votre déclaration selon laquelle vous «transporteriez une vraie bombe la prochaine fois», il s’agit d’une allégation faite par le garde de sécurité au poste de contrôle. Cette déclaration n’a pas été communiquée aux agents de police à leur arrivée, mais dans une déclaration écrite subséquente et elle ne peut être corroborée. Il est bien connu que, dans les grands aéroports, des observations mentionnant des bombes ou d’autres dispositifs semblables, quelle que soit la façon dont elles sont proférées, sont traitées avec le plus grand sérieux.

Après avoir examiné cette affaire, le caporal Allen n’a pas estimé qu’il y avait eu infraction et, par conséquent, il a fermé le dossier. Il convient de noter que l’intérêt que nous avons porté à cette plainte nous est dicté par la loi canadienne et que nous sommes tenus de faire une enquête approfondie sur toutes les plaintes de ce genre. De même, dans les cas où un représentant officiel d’une ambassade est en cause, notre politique est de signaler ces questions à l’administration centrale à Ottawa pour l’informer et pour que des mesures soient prises au besoin.

Pour ce qui est de confirmer l’exactitude de votre déclaration, dans un sens ou dans l’autre, je ne peux le faire étant donné que je n’étais pas présent au moment de l’incident. Ce que je peux dire, c’est que vous avez manifestement causé un esclandre à un poste de contrôle avant votre embarquement dans un avion de ligne commercial.

Vous avez fait des observations inappropriées et votre façon de traiter le personnel de sécurité et la police appelée sur les lieux a été moins que satisfaisante. Ces personnes ont un travail à accomplir, savoir assurer un environnement sécuritaire pour les passagers et l’appareil. C’est un travail sérieux dont ils s’acquittent d’une manière tout aussi sérieuse.

Nous regrettons que cet incident vous ait causé du souci ou des embarras, mais vous devez reconnaître que vous êtes à l’origine de la situation qui a entraîné une réponse de la police. [Dossier de la demande, aux pages 28 et 29.]

[11] Le demandeur a envoyé une copie de cette lettre au Ministère accompagné d’une lettre de son ancien avocat le 22 juin 1998.

[12] Shortly afterwards, the applicant was provided with a copy of the letter from Ms. Smith and prepared a statement in response. According to his statement, the events in Whitehorse did not occur in the manner outlined by Ms. Smith. His statement concludes with the following remarks:

My wife and I have spent our holidays in Canada for three consecutive years in order to better know this country, visiting Ontario, Quebec, Alberta, Yukon and British Columbia and we have always found, in every hotel and town, a high level of politeness and sense of hospitality.

I did not answer to the vulgar and outrageous falsities in the Stratford Hotel's letter earlier because I have been preoccupied with important matters in my employment.

Given the seriousness of these allegations, and their impact on me and my wife, personally and professionally, I have to consider with my wife, the possibility of denouncing the author of these allegations for defamation. [Applicant's application record, at page 25a.]

[13] A copy of this statement was forwarded to William Bowden, Deputy Chief of Protocol with the Department, under cover of a letter written on June 24, 1998 by a former solicitor for the applicant. This letter expresses the opinion that the statements made by Ms. Smith are false and defamatory of the applicant. As well, this letter refers to the possibility that the applicant and his wife may bring a civil action for defamation. [Applicant's application record, at pages 30-31.]

[14] On July 13, 1998, a second diplomatic note, number XDC-2034, was issued by the Department concerning the applicant. This note provides as follows:

The Department of Foreign Affairs and International Trade presents its compliments to the Embassy of the Republic of Italy and has the honour to refer to recent events concerning Mr. Giorgio Copello and the recent conversation between the Ambassador of Italy and the Chief of Protocol of Canada concerning him.

The events in Vancouver and Whitehorse, and the fact that Mr. Copello appears to be considering a suit against the complainant from Whitehorse are somewhat unsettling and would indicate that Mr. Copello's posting in Canada is not a felicitous one, and perhaps should be reconsidered.

[12] Peu après, il a reçu une copie de la lettre de M^{me} Smith et a préparé une déclaration en réponse. Selon la déclaration du demandeur, les événements de Whitehorse ne se sont pas produits de la façon décrite par M^{me} Smith. Sa déclaration se termine sur les observations suivantes:

[TRADUCTION] Depuis les trois dernières années, mon épouse et moi avons passé nos vacances au Canada afin de mieux connaître ce pays, visitant l'Ontario, le Québec, l'Alberta, le Yukon et la Colombie-Britannique et nous avons toujours trouvé, dans tous les hôtels et dans toutes les villes, une grande courtoisie et un grand sens de l'hospitalité.

Je n'ai pas répondu plus tôt aux faussetés vulgaires et monstrueuses contenues dans la lettre de l'Hôtel Stratford parce que des affaires importantes ont retenu mon attention dans le cadre de mon emploi.

Compte tenu du sérieux de ces allégations, et de leurs répercussions sur mon épouse et moi-même, au niveau tant personnel que professionnel, mon épouse et moi devons envisager la possibilité de poursuivre en diffamation la personne qui en est l'auteur. [Dossier de la demande, à la page 25a]

[13] Une copie de cette déclaration a été expédiée à M. William Bowden, chef adjoint du protocole au Ministère, accompagnée d'une lettre rédigée le 24 juin 1998 par un ancien avocat du demandeur. Cette lettre exprime l'opinion selon laquelle les déclarations faites par M^{me} Smith sont fausses et diffamatoires à l'égard du demandeur. De même, cette lettre mentionne la possibilité que le demandeur et son épouse puissent intenter une action civile en diffamation. [Dossier de la demande, aux pages 30 et 31.]

[14] Le 13 juillet 1998, une deuxième note diplomatique, portant le numéro XDC-2034, a été rédigée par le Ministère au sujet du demandeur. Cette note indique ce qui suit:

[TRADUCTION] Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international présente ses hommages à l'ambassade de la République italienne et a l'honneur de faire référence à des événements récents concernant M. Giorgio Copello et à la récente conversation entre l'ambassadeur d'Italie et le chef du protocole du Canada concernant M. Copello.

Les événements qui se sont produits à Vancouver et à Whitehorse, et le fait que M. Copello semble envisager d'intenter une poursuite contre la plaignante de Whitehorse sont quelque peu perturbants et indiqueraient que l'affectation de M. Copello au Canada n'est pas des plus heureuses et devrait peut-être être reconsidérée.

The Office of Protocol recognizes that these are the actions of the individual and are not reflective of the excellent relationship and spirit of cooperation that exists between this Department and the Embassy of Italy.

The Department of Foreign Affairs and International Trade avails itself of this opportunity to renew to the Embassy of Italy the assurances of its highest consideration. [Applicant's application record, at page 32.]

[15] On August 5, 1998, a third diplomatic note, that is note number XDC-2317, was issued by the Department of Foreign Affairs and International Trade. This note provides as follows:

The Department of Foreign Affairs and International Trade presents its compliments to the Embassy of the Republic of Italy and has the honour to refer to the Department's Note number XDC-2034 of 13 July 1998, concerning Mr. Georgio COPELLO, and to the continuing discussions between the Ambassador of Italy and the Chief of Protocol of Canada.

The Department notifies the Embassy that Mr. Copello's behaviour is not acceptable. Since Mr. Copello has not shown any intention of leaving Canada of his own accord it now requests that Mr. Copello and his family depart Canada by 15 September 1998.

The Department of Foreign Affairs and International Trade avails itself of this opportunity to renew to the Embassy of the Republic of Italy the assurances of its highest consideration. [Applicant's application record, at page 55.]

[16] After issuance of the diplomatic note dated August 5, 1998 the applicant wrote a letter to the Minister on August 16, 1998, seeking an audience for the purpose of presenting his version of the events in Whitehorse and Vancouver. That letter states as follows:

The Honourable Lloyd Axworthy
Minister of Foreign Affairs
Department of Foreign Affairs and International Trade
Ottawa ON K1A 0G2

Dear Honourable Mr. Axworthy,

With reference to the Department's Note XDC-2317 of 5 August 1998 and to the fact that I have never had the courtesy of an audience by the Protocol, notwithstanding repeated requests on my part, I kindly ask to meet you personally as promptly as possible, in order to allow me to clarify my position with respect to the two events at issue, which have led to my expulsion that represents an unnecessary and unfair decision seriously affecting my family and I and to kindly

Le Bureau du protocole reconnaît que ces incidents sont le fait de M. Copello et qu'ils ne reflètent en rien les excellentes relations et l'esprit de collaboration qui existent entre le ministère et l'ambassade d'Italie.

Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international profite de l'occasion pour réitérer à l'ambassade d'Italie l'assurance de sa très haute considération. [Dossier de la demande, à la page 32.]

[15] Le 5 août 1998, une troisième note diplomatique, portant le numéro XDC-2317, a été rédigée par le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Voici la teneur de cette note:

[TRADUCTION] Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international présente ses hommages à l'ambassade de la République italienne et a l'honneur de faire référence à la note du ministère portant le numéro XDC-2034 du 13 juillet 1998, concernant M. Georgio COPELLO, et aux entretiens qui ont suivi entre l'ambassadeur d'Italie et le chef du protocole du Canada.

Le Ministère avise l'ambassade que le comportement de M. Copello est inacceptable. Étant donné que M. Copello n'a démontré aucune intention de quitter le Canada de son propre gré, le Ministère demande par la présente que M. Copello et sa famille quittent le Canada au plus tard le 15 septembre 1998.

Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international profite de l'occasion pour réitérer à l'ambassade d'Italie l'assurance de sa très haute considération. [Dossier de la demande, à la page 55.]

[16] Après l'envoi de la note diplomatique en date du 5 août 1998, le demandeur a écrit au ministre le 16 août 1998, lui demandant une audience afin de lui présenter sa version des événements qui s'étaient produits à Whitehorse et à Vancouver. Cette lettre déclare ce qui suit:

[TRADUCTION]
Monsieur Lloyd Axworthy
Ministre des Affaires étrangères
Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international
Ottawa ON K1A 0G2

Monsieur,

Concernant la note XDC-2317 du Ministère, en date du 5 août 1998, et le fait que le Protocole ne m'a accordé aucune audience, malgré mes demandes répétées, je demande respectueusement à vous rencontrer personnellement, le plus rapidement possible, afin qu'il me soit permis d'exposer ma position concernant les deux événements en cause qui ont mené à mon expulsion, ce qui représente une décision inutile et injuste qui touche gravement ma famille et moi-même, et de

request that your office reconsiders matters and withdraw the Note.

Yours very truly,

Giorgio Copello [Applicant's application record, at page 45.]

[17] The request did not lead to a meeting with the Minister, and on August 24, 1998, the applicant received the following reply from Mr. Bowden, the Deputy Chief of Protocol:

Dear Dr. Copello:

I am replying to your letter of August 6, 1998 to the Honourable Lloyd Axworthy, Minister of Foreign Affairs.

I am not in a position to discuss the question of your continuing diplomatic accreditation to Canada as this is a matter to be determined between the sending state (Italy) and the receiving state (Canada) pursuant to the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

I would suggest however, that you consult with your Ambassador with respect to the views of the Government of Italy on this matter. [Applicant's application record, at page 46.]

[18] The applicant was unsuccessful in obtaining a meeting with the Minister or the officials responsible for Protocol. The Department has no written policy concerning review of the circumstances associated with or decision to expel a diplomat. (Reference: affidavit of William Bowden, applicant's application record, at pages 99 and 100.)

[19] Letters of support, on behalf of the applicant, were written by members of the *Comites Ciroscrizione Consolare Toronto* and the *Congresso Nazionale Degli Italo-Canadesi* (National Congress of Italia—Canadian) who wrote on his behalf to the Minister and the Prime Minister asking for reconsideration of the expulsion decision. (Applicant's application record, at pages 34-44.)

[20] On September 10, 1998, the Embassy of Italy sent a diplomatic note to the Department, advising that the Italian Ministry of Foreign Affairs had recalled the applicant to Rome and that he would have to resume his duties in Rome on September 15, 1998. (Applicant's application record, at page 72.)

vous demander respectueusement de prendre les mesures pour que votre bureau reconsidère la question et retire la note.

Veillez croire, Monsieur, à l'expression de mes sentiments les plus distingués,

Giorgio Copello [Dossier de la demande, à la page 45.]

[17] Cette demande n'a pas donné lieu à une réunion avec le ministre et, le 24 août 1998, le demandeur a reçu la réponse suivante de M. Bowden, le chef adjoint du protocole:

[TRADUCTION]

Monsieur,

Votre lettre du 6 août 1998 adressée à M. Lloyd Axworthy, ministre des Affaires étrangères, m'a été transmise pour que j'y réponde.

Je ne suis pas en mesure de discuter du maintien de votre accréditation diplomatique au Canada, étant donné que cette question doit être déterminée entre l'État accréditant (Italie) et l'État accréditaire (le Canada) aux termes de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

Toutefois, je vous suggère de consulter votre ambassadeur pour connaître l'opinion du gouvernement de l'Italie sur cette question. [Dossier de la demande, à la page 46.]

[18] Le demandeur n'a pas réussi à obtenir une audience auprès du ministre ni à rencontrer les responsables du protocole. Le Ministère n'a aucune politique écrite concernant l'examen de la décision d'expulser un diplomate ou des circonstances associées à cette décision. (Référence: affidavit de William Bowden, dossier de la demande, aux pages 99 et 100.)

[19] Des lettres d'appui, en faveur du requérant, ont été rédigées par des membres du *Comites Ciroscrizione Consolare Toronto* et le *Congresso Nazionale Degli Italo-Canadesi* (Congrès national des Italo-canadiens) a écrit en son nom au ministre et au premier ministre, demandant que la décision de l'expulser soit réexaminée. (Dossier de la demande, aux pages 34 à 44.)

[20] Le 10 septembre 1998, l'ambassade d'Italie a fait parvenir une note diplomatique au Ministère, l'informant que le ministre des Affaires étrangères d'Italie avait rappelé le demandeur à Rome où il reprendrait ses fonctions le 15 septembre 1998. (Dossier de la demande, à la page 72.)

[21] The applicant commenced the present application on September 10, 1998 and applied for a stay of execution of the request that he leave Canada by September 15, 1998. He successfully obtained a stay on September 11, 1998.

[22] The applicant sought recourse in Italy to stop his recall to Rome. Although he was initially denied an injunction by the Regional Administrative Tribunal, his appeal to the State Council was successful. By an order dated November 11, 1998, the State Council granted an injunction in favour of the applicant. (Applicant's application record, at pages 80-81.)

APPLICANT'S SUBMISSIONS

[23] The applicant argues that the Minister's decision in the diplomatic note XDC-2317 was made pursuant to subsection 4(1) [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(n)] of the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41, as amended (the Act). As such, it is a decision taken by a "federal board, commission or other tribunal" as contemplated by subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended and is subject to review under paragraph 18(1)(a) [as am. *idem*, s. 4] of that statute. In this regard he relies on the decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694 (C.A.).

[24] In any event, a Minister who asserts authority under the Crown prerogative remains subject to the supervision of the court under judicial review. The applicant relies on the decision in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.), at page 418.

[25] Next, the applicant submits that the Minister's actions in declaring a diplomat *persona non grata* do not constitute an exercise of the Crown's prerogative. Where the Crown prerogative is replaced by statute, the Crown may no longer act pursuant to its prerogative but must act under the statutory conditions. If a prerogative power has been overtaken by a statutory power, then the exercise of that statutory power is subject to review.

[21] Le demandeur a déposé la présente demande le 10 septembre 1998 et demandé une suspension de la décision l'obligeant à quitter le Canada au plus tard le 15 septembre 1998. Il a obtenu un sursis le 11 septembre 1998.

[22] Le demandeur a intenté des procédures en Italie pour faire cesser les démarches en vue de son rappel à Rome. Bien que le tribunal administratif régional lui ait au départ refusé une injonction, son appel au Conseil d'État a été accueilli. Aux termes d'un arrêté en date du 11 novembre 1998, le Conseil d'État a rendu une injonction en faveur du demandeur. (Dossier de la demande, aux pages 80 et 81.)

MOYENS DU DEMANDEUR

[23] Le demandeur fait valoir que la décision du ministre énoncée dans la note diplomatique XDC-2317 a été prise aux termes du paragraphe 4(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)n)] de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41, et ses modifications (la Loi). À ce titre, il s'agit d'une décision prise par un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications, qui est susceptible de contrôle aux termes de l'alinéa 18(1)a) [mod., *idem*, art. 4] de cette Loi. À cet égard, il s'appuie sur la décision *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.).

[24] De toute façon, un ministre qui invoque un pouvoir qui découle de la prerogative royale reste assujéti à la supervision des tribunaux dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Le demandeur s'appuie sur la décision *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (C.L.), à la page 418.

[25] Ensuite, le demandeur fait valoir que la décision du ministre de déclarer un diplomate *persona non grata* ne constitue pas un exercice de la prerogative royale. Lorsque la prerogative royale est remplacée par une loi, la Couronne ne peut plus agir en vertu de sa prerogative, et elle doit se soumettre aux dispositions de la loi. Si un pouvoir en vertu de la prerogative a été supplanté par un pouvoir d'origine législative, alors l'exercice de ce

[26] The applicant says that the request for his departure from Canada amounts to a declaration that he is *persona non grata*. Article 9 of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, [1966] Can. T.S. No. 29 [being Schedule I of the Act] in force 1966, grants the receiving state discretion to declare a foreign diplomat *persona non grata* without having to provide reasons for doing so.

[27] The Act [section 3] incorporates Articles 1, 22-24 and 27-40 of the Vienna Convention, and gives those articles binding force in Canada. Article 9 of the Convention has not been incorporated. The applicant argues that if Parliament wished to deprive foreign diplomats of the opportunity to challenge declarations of *persona non grata*, Article 9 of the Convention would have been incorporated into the Act. He argues that an absence of that Article means that Canada did not intend to deprive a foreign diplomat of the opportunity to challenge a declaration of *persona non grata*.

[28] Next, the applicant submits that he has not committed an offence or any misconduct which would justify his removal as a diplomat from Canada. Under the Act, the only offences contemplated are those involving the wrongful representations of a diplomatic mission, consular post or office of a foreign state. Even in such cases, the consent of the Attorney General of Canada is required to initiate proceedings against a person suspected of such an offence.

[29] He argues that Article 9 of the Convention makes it clear that no reason need be provided for the declaration of *non grata* status and the subsequent expulsion. However, he says that it is important to distinguish between the offering of reasons to the sending state, from the actual existence of reasons for the declaration and expulsion.

[30] Next, the applicant submits that there is no legal obstacle to prevent an expelled diplomat from bringing an action within the jurisdiction of the receiving state. By analogy, he refers to Article 32 of the Vienna

pouvoir d'origine législative peut faire l'objet d'un contrôle.

[26] Le demandeur prétend que la demande l'obligeant à quitter le Canada équivaut à déclarer qu'il est *persona non grata*. L'article 9 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, [1966] R.T. Can. n° 29 [reproduite à l'annexe I de la Loi] en vigueur depuis 1966, accorde à l'État accréditant le pouvoir discrétionnaire de déclarer qu'un diplomate étranger est *persona non grata* sans avoir à motiver cette décision.

[27] La Loi [article 3] incorpore les articles 1, 22 à 24 et 27 à 40 de la Convention de Vienne et donne à ces articles force de loi au Canada. L'article 9 de la Convention n'a pas été incorporé. Le demandeur prétend que si le législateur souhaitait priver les diplomates étrangers de la possibilité de contester les déclarations les désignant comme *persona non grata*, l'article 9 de la Convention aurait été incorporé dans la Loi. Il soutient que l'absence de cet article signifie que le Canada n'avait pas l'intention de priver les diplomates étrangers de cette possibilité.

[28] Troisièmement, le demandeur soutient qu'il ne s'est pas rendu coupable d'une conduite qui pourrait justifier son renvoi du Canada à titre de diplomate. En vertu de la Loi, les seules infractions envisagées sont celles qui ont trait aux fautes commises par les représentants dans le cadre d'une mission diplomatique, d'un poste consulaire ou à l'emploi d'un État étranger. Même en pareil cas, le consentement du procureur général du Canada est nécessaire pour engager des procédures contre une personne soupçonnée d'une telle infraction.

[29] Il prétend que l'article 9 de la Convention indique clairement qu'il n'est pas nécessaire de fournir de motif pour qu'une personne soit déclarée *non grata* et ensuite expulsée. Toutefois, il soutient qu'il est important de distinguer entre le fait que des motifs sont offerts à l'État accréditant, et l'existence réelle des motifs pour la déclaration et l'expulsion.

[30] Quatrièmement, le demandeur soutient qu'aucun obstacle juridique n'empêche un diplomate expulsé d'intenter une action dans le ressort de l'État accréditaire. Par analogie, il fait référence à l'article 32

Convention which clearly states that if a diplomatic agent begins legal proceedings, he cannot subsequently invoke diplomatic immunity from jurisdiction in relation to any counterclaim directly connected with the main claim.

[31] He also argues that it is well settled in Canadian human rights jurisprudence that every human being who is physically present within Canada can bring a suit in the Canadian courts and here relies on the decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. By extension, he submits that if an alien enjoys all the rights of due process, that right effectively limits the power of the state to deport him.

[32] The applicant proceeds to argue that the Minister's decision should have been made in accordance with the principles of procedural fairness. He says that if a decision adversely affects an individual, the decision maker is required to observe procedural fairness and relies on *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), which was followed by the Supreme Court of Canada in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 623.

[33] The applicant submits that the requirement to provide procedural fairness increases in relation to the gravity of the consequences a decision may have. Decisions which adversely affect a person's livelihood and income earning potential must, at a minimum, be made fairly.

[34] The applicant says that the request by the Minister of Foreign Affairs that he leave the country was specific to him. However, the decision will also adversely affect his wife. The decision was final in that it would inevitably result in the applicant's recall by the government of Italy and this will profoundly affect his livelihood, health and income.

[35] The applicant argues that given the effect of the decision, procedural fairness requires some form of hearing. The diplomatic note issued on August 5, 1998

de la Convention de Vienne qui indique clairement qu'un agent diplomatique qui engage une procédure juridique ne peut par la suite invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale.

[31] Il soutient également qu'il est bien établi dans la jurisprudence canadienne en matière de droits de la personne que tout être humain qui se trouve au Canada peut intenter une poursuite devant les tribunaux canadiens et, à cet égard, il s'appuie sur l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Par extension, il prétend que si un étranger bénéficie de tous les droits découlant de l'application régulière de la loi, ce droit limite dans les faits le pouvoir de l'État de l'expulser.

[32] Le demandeur fait ensuite valoir que la décision du ministre aurait dû se conformer aux principes de l'équité procédurale. Il soutient que si une décision touche de façon défavorable une personne, le décideur est tenu de respecter l'équité procédurale, comme en fait foi l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), qui a été suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la page 623.

[33] Le demandeur fait valoir que l'obligation d'assurer l'équité procédurale s'accroît en fonction de la gravité des conséquences que la décision peut avoir. Les décisions qui ont un effet défavorable sur les moyens de subsistance et le potentiel de sources de revenu d'une personne doivent, à tout le moins, être prises équitablement.

[34] Le demandeur affirme que la demande présentée par le ministre des Affaires étrangères pour qu'il quitte le pays s'adressait précisément à lui. Toutefois, cette décision touchera également son épouse. La décision était finale en ce sens qu'elle entraînera inévitablement le rappel du demandeur par le gouvernement de l'Italie, ce qui aura des répercussions profondes sur ses moyens de subsistance, sa santé et ses sources de revenu.

[35] Le demandeur fait valoir qu'étant donné l'effet de la décision, l'équité procédurale exige qu'il puisse être entendu d'une façon ou d'une autre. La note

offers, as reasons for the expulsion, “the events in Vancouver and Whitehorse and the fact that Mr. Copello appears to be considering a suit against the complainant from Whitehorse”.

[36] The applicant claims that he did not commit any offence in Vancouver and that an apology was tendered by the police. These facts were not taken into account by the Minister and the Minister did not provide the applicant with the opportunity to present his version of events.

RESPONDENTS' SUBMISSIONS

[37] The respondents' first submission is that this matter is not justiciable because it is the exercise of the Crown prerogative and a matter of international, not domestic law. The conduct of diplomatic relations is an exercise of the royal prerogative; see *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 877.

[38] The respondents submit that although the courts have the power to determine the existence and extent of prerogative power, traditionally they have no power to regulate the manner of its exercise.

[39] The respondents refer to the power of the executive to conclude treaties and submit that the exercise of the Crown prerogative to enter into treaties is not justiciable by the courts; see *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at page 347; and *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All ER 1380 (C.A.). In the absence of legislative implementation, a treaty does not form part of the domestic legal framework in Canada and will not be enforced by the court; see *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at page 621; and *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at page 432.

[40] The respondents submit that the acceptance and expulsion of diplomatic agents is an exercise of the prerogative, equivalent with the treaty-making power and

diplomatique rédigée le 5 août 1998 offre, comme motif de l'expulsion, ce qui suit: [TRADUCTION] «des événements qui se sont produits à Vancouver et à Whitehorse et le fait que M. Copello semble envisager d'intenter des poursuites contre la plaignante de Whitehorse».

[36] Le demandeur soutient qu'il n'a commis aucune infraction à Vancouver et que la police lui a présenté des excuses. Ces faits n'ont pas été pris en compte par le ministre et ce dernier n'a pas donné au demandeur la possibilité de lui présenter sa version des événements.

LES MOYENS DES DÉFENDEURS

[37] Les défendeurs font d'abord valoir que cette question ne peut être soumise à la compétence des tribunaux parce qu'il s'agit de l'exercice de la prérogative royale et d'une question de droit international, non pas interne. La conduite des relations diplomatiques est un exercice de la prérogative royale; voir à ce sujet *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 877.

[38] Les défendeurs soutiennent que, même si les tribunaux ont le pouvoir de déterminer l'existence et l'étendue d'un pouvoir fondé sur la prérogative, historiquement, ils n'ont pas le pouvoir de réglementer l'exercice de ce pouvoir.

[39] Les défendeurs font référence au pouvoir de l'exécutif de conclure des traités et soutiennent que l'exercice de la prérogative royale de conclure ces traités ne relève pas de la compétence des tribunaux; voir *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.), à la page 347; et *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All ER 1380 (C.A.). En l'absence d'une mesure législative confirmant son application, un traité ne fait pas partie du régime juridique du Canada et les tribunaux ne peuvent le faire respecter; voir *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la page 621; et *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la page 432.

[40] Les défendeurs soutiennent que l'acceptation comme l'expulsion d'agents diplomatiques est un exercice de la prérogative, qui équivaut au pouvoir de

is likewise immune from judicial review.

[41] Furthermore, the respondents argue that the present matter is not justiciable on the ground that the decision is a matter of international, not domestic, law. The immunities and privileges of diplomats recognized by customary international law were considered to be incorporated in the domestic law of Canada by the Supreme Court of Canada in *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208.

[42] In 1962, Canada became a signatory to the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*. The Convention entered into force for Canada in 1966. Article 9 of the Convention codifies the customary international law on the expulsion of diplomatic agents found unacceptable to the receiving state or *persona non grata*.

[43] The respondents note that the Convention was made Schedule I to the Act but Article 4 of the Convention respecting the accreditation of heads of mission, and Article 9 on expulsions, are not listed in section 3 of the Act as having the force of law in Canada. Nonetheless, these Articles reflect and restate existing international law as accepted by Canada.

[44] The respondents submit that Parliament intended that the subject-matter of those parts of the Convention which were not adopted by statute continue to be governed by the rules of customary international law. Consequently, both accreditations and expulsions remain on the plane of pure international law and are not justiciable by the domestic courts.

[45] Secondly, the respondents submit that the applicant lacks standing to seek judicial review of a decision which is a matter of relations between states. In this regard, reference is made to *Rose v. The King*, [1947] 3 D.L.R. 618 (Que. K.B.), at page 640.

[46] The decision in issue here was expressed in a diplomatic note which was a communication between

conclure des traités et qui, de même, échappe au contrôle judiciaire.

[41] En outre, les défendeurs soutiennent que la présente affaire n'est pas un conflit justiciable au motif que la décision est une question de droit international et non interne. Dans l'arrêt *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour suprême du Canada a statué que les privilèges et immunités des diplomates reconnus par le droit international coutumier sont incorporés dans le droit national du Canada.

[42] En 1962, le Canada a signé la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*. La Convention est entrée en vigueur au Canada en 1966. L'article 9 de la Convention codifie le droit international coutumier relatif à l'expulsion des agents diplomatiques jugés inacceptables par l'État accréditaire ou *persona non grata*.

[43] Les défendeurs notent que la Convention a été incorporée sous l'Annexe I de la Loi, mais que l'article 4 de la Convention concernant l'accréditation des chefs de mission, et l'article 9 concernant les expulsions, ne figurent pas à l'article 3 de la Loi comme ayant force de loi au Canada. Néanmoins, ces articles reflètent et réaffirment le droit international en vigueur, tel qu'il a été accepté par le Canada.

[44] Les défendeurs soutiennent que le législateur avait l'intention que l'objet de ces parties de la Convention, qui n'ont pas été adoptées par voie législative, continue d'être régi par les règles du droit international coutumier. Par conséquent, les accreditations tout comme les expulsions demeurent du domaine du droit international pur et ne sont pas des questions pouvant être débattues devant les tribunaux canadiens.

[45] Deuxièmement, les défendeurs font valoir que le demandeur n'a pas qualité pour demander le contrôle judiciaire d'une décision qui relève des relations entre États. À cet égard, ils font référence à la décision *Rose v. The King*, [1947] 3 D.L.R. 618 (B.R. Qué.), à la page 640.

[46] La décision contestée en l'espèce a été exprimée dans une note diplomatique qui est une communication

states. The matter of the request for the applicant's recall and compliance by the Republic of Italy with that request is a matter of relations between states. The respondents say that the applicant, as a subordinate member of the mission, has no individual status or privileges except in a representative capacity. There are no individual rights or entitlements in the context of a Canadian administrative scheme. There is no *lis inter partes* which a reviewing court can recognize; see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 747.

[47] The respondents say that the applicant has recourse to the tribunals of his own state concerning matters affecting his individual status as a representative of the Republic of Italy. The record shows that he has done so. His recall is a matter of the law of Italy.

[48] The respondents say that, contrary to the submissions of the applicant, his mere physical presence in Canada does not entitle him to invoke Canadian domestic law, since the presence of a diplomatic agent in a receiving country is permitted precisely because of the status attaching to his membership of the diplomatic mission.

[49] The third argument advanced by the respondents is that the Minister is not a federal board, and that the assignment of the conduct of international relations to the Minister of Foreign Affairs is merely a statement of the functional division of the responsibilities within the executive, not a derogation from the prerogative. Section 4 of the Act merely spells out the powers of the Minister.

[50] The Minister, acting through his office of protocol in requesting that a foreign state recall a member of its mission, acts pursuant to the prerogative, and not by or under an order made pursuant to that prerogative. In these circumstances, the Minister is not a "federal board, commission or tribunal" within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, *supra*. In this regard, the respondents rely on *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.); and *Inuvialuit Regional Corp. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 502 (T.D.). Consequently, the decision in issue is not the exercise of

entre États. La question de la demande de rappel du demandeur et le fait que la République italienne se soit conformée à cette demande est une question de relations entre États. Les défendeurs prétendent que le demandeur, en tant que membre rattaché à la mission, n'avait aucun statut ou privilège individuel, à l'exception de ceux qu'il a en sa capacité de représentant. Il n'y a pas de droits individuels dans le contexte d'un régime administratif canadien. Il n'y a pas de litige entre parties qui puisse être reconnu par un tribunal d'appel; voir l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 747.

[47] Les défendeurs prétendent que le demandeur peut se pourvoir devant les tribunaux de son propre pays concernant les questions qui touchent son statut individuel en tant que représentant de la République d'Italie. Le dossier indique qu'il l'a déjà fait. Son rappel relève du droit italien.

[48] Les défendeurs soutiennent que, contrairement aux prétentions du demandeur, sa simple présence physique au Canada ne lui donne pas le droit d'invoquer le droit canadien, étant donné que la présence d'un agent diplomatique dans un pays accréditaire est autorisée précisément en raison du statut qui le rattache à une mission diplomatique.

[49] Le troisième argument avancé par les défendeurs fait valoir que le ministre n'est pas un office fédéral, et que l'attribution de la responsabilité des relations internationales au ministre des Affaires étrangères reconnaît simplement le partage fonctionnel des responsabilités au sein du pouvoir exécutif, et ne constitue pas une dérogation à la prérogative. L'article 4 de la Loi énonce simplement les pouvoirs du ministre.

[50] Le ministre, en agissant par l'entremise de son bureau du protocole pour demander à un État étranger de rappeler un membre de sa mission, agit en vertu de la prérogative, et non pas en vertu d'un arrêté pris aux termes de cette prérogative. Dans ces circonstances, le Ministère n'est pas un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, précitée. À cet égard, les défendeurs s'appuient sur la décision *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.); et *Société Inuvialuit régionale c. Canada*, [1992] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.). Par conséquent, la décision en

statutory decision-making authority nor an order made under the prerogative.

[51] Alternatively, the respondents submit that if the Court should find that the decision is reviewable, the standard of review is confined merely to the examination of whether any conditions precedents exist for the exercise of the decision-making power. The Court is then to decide whether, on a proper construction of the applicable statute, the legislature intended that the principle of procedural fairness would apply: see *Inuit Tapirisat, supra*, at page 748.

[52] The respondents submit that on a proper construction of the powers of the Minister pursuant to the Act, there is no duty to receive representations from the individual diplomat affected, to hold a hearing, or even to acknowledge representations. The powers of the Minister are exercised on the plane of international law. His responsibility for decisions taken regarding the acceptability of diplomatic agents is a matter of reciprocity and relations between states.

[53] In conclusion, the respondents submit that the jurisdiction of the Court is limited to examining the nature of the prerogative and the conditions of its exercise, and that the application should be dismissed.

ISSUES

[54] The following issues arise from this application.

1. Does the Federal Court have the jurisdiction to hear this application for judicial review?
2. Does the applicant have standing to seek judicial review?
3. If the decision is subject to judicial review, does it have a requirement of procedural fairness?

ANALYSIS

[55] The present application relates to the diplomatic note issued on August 5, 1998 and seeks an order quashing the decision of the Minister requesting that the applicant be recalled by the Government of Italy.

l'espèce ne constitue pas l'exercice d'un pouvoir de décision d'origine législative, ni un arrêté pris en vertu de la prérogative.

[51] Subsidièrement, les défendeurs soutiennent que si la Cour devait conclure que la décision peut faire l'objet d'un contrôle, la norme de contrôle applicable consiste simplement à se demander s'il y a des conditions préalables à l'exercice du pouvoir de décision. La Cour doit ensuite décider si, d'après une interprétation correcte de la loi applicable, le législateur avait l'intention que le principe d'équité procédurale s'applique: voir *Inuit Tapirisat*, précité, à la page 748.

[52] Les défendeurs soutiennent que, d'après une interprétation correcte des pouvoirs du ministre aux termes de la Loi, il n'existe aucune obligation de recevoir des observations du diplomate touché, de lui accorder une audience, ou même d'accuser réception des observations. Les pouvoirs du ministre sont exercés dans le cadre du droit international. Sa responsabilité à l'égard des décisions prises concernant l'acceptabilité des agents diplomatiques est une question de réciprocité et de relations entre États.

[53] En conclusion, les défendeurs prétendent que la compétence de la Cour est limitée à l'examen de la nature de la prérogative et de ses conditions d'exercice, et que la demande devrait être rejetée.

QUESTIONS EN LITIGE

[54] Les questions suivantes découlent de la présente demande.

1. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour entendre la présente demande de contrôle judiciaire?
2. Le demandeur a-t-il qualité pour demander un contrôle judiciaire?
3. Si la décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, y a-t-il obligation de respecter le principe d'équité procédurale?

ANALYSE

[55] La présente demande a trait à une note diplomatique rédigée le 5 août 1998 et réclame une ordonnance annulant la décision du ministre par laquelle celui-ci demandait que le demandeur soit rappelé par le gouvernement italien.

[56] The first issue for consideration is whether this matter is justiciable. In other words, does the Court have jurisdiction to entertain the applicant's application and grant the relief sought.

[57] The applicant bases this application upon subsections 2(1), 18(1), sections 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], 18.2 [as enacted *idem*], and 28 [as am. *idem*, s. 8; 1992, c. 33, s. 69; c. 49, s. 128; 1993, c. 34, s. 70; 1996, c. 10, s. 229; c. 23, s. 187; 1998, c. 26, s. 73; 1999, c. 31, s. 92] of the *Federal Court Act*, *supra*. The relevant statutory provisions are as follows:

2. (1) In this Act,

...

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

...

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

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

...

18.2 On an application for judicial review, the Trial Division may make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application.

...

[56] La première question à examiner est de savoir s'il s'agit d'un différend justiciable. En d'autres mots, la Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande du demandeur et accorder le redressement recherché?

[57] Le demandeur fonde sa demande sur les paragraphes 2(1) et 18(1), et les articles 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], 18.2 [édicte, *idem*] et 28 [mod., *idem*, art. 8; 1992, ch. 33, art. 69; ch. 49, art. 128; 1993, ch. 34; art. 70; 1996, ch. 10, art. 229, ch. 23, art. 187; 1998, ch. 26, art. 73] de la *Loi sur la Cour fédérale*, précitée. Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

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

[...]

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[...]

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[...]

18.2 La Section de première instance peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.

[...]

28. (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

- (a) the Board of Arbitration established by the *Canada Agricultural Products Act*;
- (b) the Review Tribunal established by the *Canada Agricultural Products Act*;
- (c) the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission established by the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*;
- (d) the Pension Appeals Board established by the *Canada Pension Plan*;
- (e) the Canadian International Trade Tribunal established by the *Canadian International Trade Tribunal Act*;
- (f) the National Energy Board established by the *National Energy Board Act*;
- (h) the Canada Industrial Relations Board established by the *Canada Labour Code*;
- (i) the Public Service Staff Relations Board established by the *Public Service Staff Relations Act*;
- (j) the Copyright Board established by the *Copyright Act*;
- (k) the Canadian Transportation Agency established by the *Canada Transportation Act*;
- (l) the Tax Court of Canada established by the *Tax Court of Canada Act*;
- (m) umpires appointed under the *Employment Insurance Act*;
- (n) the Competition Tribunal established by the *Competition Tribunal Act*;
- (o) assessors appointed under the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*; and
- (p) the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal established by subsection 10(1) of the *Status of the Artist Act*.

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine any matter, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter.

28. (1) La Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants:

- a) le conseil d'arbitrage constitué par la *Loi sur les produits agricoles au Canada*;
- b) la commission de révision constituée par cette loi;
- c) le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes constitué par la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*;
- d) la Commission d'appel des pensions constituée par le *Régime de pensions du Canada*;
- e) le Tribunal canadien du commerce extérieur constitué par la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*;
- f) l'Office national de l'énergie constitué par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*;
- h) le Conseil canadien des relations industrielles au sens du *Code canadien du travail*;
- i) la Commission des relations de travail dans la fonction publique constituée par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*;
- j) la Commission du droit d'auteur constituée par la *Loi sur le droit d'auteur*;
- k) l'Office des transports du Canada constitué par la *Loi sur les transports au Canada*;
- l) la Cour canadienne de l'impôt constituée par la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*;
- m) les juges-arbitres nommés en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*;
- n) le Tribunal de la concurrence constitué par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*;
- o) les évaluateurs nommés en application de la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*;
- p) le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs constitué par le paragraphe 10(1) de la *Loi sur le statut de l'artiste*.

(2) Les articles 18 à 18.5 s'appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2) et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d'appel comme si elle y était mentionnée lorsqu'elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d'une demande de contrôle judiciaire.

(3) La Section de première instance ne peut être saisie des questions qui relèvent de la Cour d'appel.

[58] He also relies on paragraph 4(1)(c) of the Act which provides as follows:

4. (1) For the purpose of according to the diplomatic mission and consular posts of any foreign state, and persons connected therewith, treatment that is comparable to the treatment accorded to the Canadian diplomatic mission and Canadian consular posts in that foreign state, and persons connected therewith, the Minister of Foreign Affairs may, by order, with respect to that state's diplomatic mission and any of its consular posts, and any person connected therewith,

. . .

(c) withdraw any of the privileges, immunities and benefits accorded or granted thereto; and

[59] The applicant alleges that the request for his recall was a "decision" made by the Minister pursuant to the powers granted to him by the Act. As such, the request was the result of ministerial exercise of power "conferred by or under an act of Parliament" and is therefore subject to judicial review. The applicant relies on the decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, supra, to support his argument that a decision made in the exercise of statutory power is subject to review, even when the decision is made by the Minister.

[60] Traditionally, the scope of the Crown prerogative includes the issuance and refusals of passports, the award of honours, the signing of treaties, the conduct of foreign affairs and the deployment of armed forces (see Brown & Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (looseleaf ed., Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at page 13:1110).

[61] The subject of the Crown prerogative was recently considered by the Ontario Court of Appeal in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 where the Court said as follows, at paragraphs 25-26:

To put these submissions in context, I will briefly review the nature of the Crown's prerogative power. According to Professor Dicey, the Crown prerogative is "the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is left in the hands of the Crown": Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan, 1959) at p. 424. Dicey's broad definition has been explicitly adopted by the Supreme Court of Canada and the House of Lords. See *Reference re Effect of Exercise of Royal*

[58] Il s'appuie également sur l'alinéa 4(1)c) de la Loi qui stipule comme suit:

4. (1) Le ministre des Affaires étrangères peut, par arrêté, afin d'assurer l'équivalence de traitement entre, d'une part, la mission diplomatique ou un poste consulaire canadiens dans un État étranger ou toute personne ayant un lien avec l'un ou l'autre et, d'autre part, les mission, poste ou personne correspondants de cet État étranger au Canada:

[. . .]

c) leur retirer, en tout ou en partie, ces privilèges, immunités ou avantages;

[59] Le demandeur allègue que la demande de rappel était une «décision» prise par le ministre aux termes des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi. À ce titre, la demande était le résultat de l'exercice par le ministre du pouvoir «prévu par une loi fédérale» et qu'elle peut donc faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Le demandeur s'appuie sur la décision dans *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, précitée, pour appuyer son argument selon lequel une décision prise dans l'exercice d'un pouvoir d'origine législative peut faire l'objet d'un contrôle, même si la décision est prise par le ministre.

[60] Historiquement, la portée de la prérogative royale comporte la délivrance et le refus de délivrer des passeports, l'octroi d'honneurs, la signature de traités, la conduite des affaires étrangères et le détachement des forces armées (voir Brown & Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (édition en feuilles mobiles, Toronto: Canvasback Publishing, 1998), à la page 13:1110).

[61] La notion de prérogative royale a récemment été examinée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, dans laquelle la Cour dit ceci aux paragraphes 25 et 26:

[TRADUCTION] Pour remettre ces observations en contexte, j'examinerai brièvement la nature du pouvoir conféré en vertu de la prérogative royale. Selon le professeur Dicey, la prérogative royale est «le résidu d'un pouvoir discrétionnaire ou arbitraire qui, à quel que moment que ce soit, est laissé aux mains de la Couronne»: Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd. (Londres: Macmillan, 1959) à la page 424. La définition large de Dicey a été explicitement adoptée par la Cour suprême du Canada et la Chambre des

Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings, [1933] S.C.R. 269 at pp. 272-73, 59 C.C.C. 301, and *Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 at p. 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). See also Peter Hogg and Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at p. 15.

The prerogative is a branch of the common law because decisions of courts determine both its existence and its extent. In short, the prerogative consists of "the powers and privileges accorded by the common law to the Crown": Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Carswell, 1995) at 1.9. See also *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.). The Crown prerogative has descended from England to the Commonwealth. As Professor Cox has recently observed, "it is clear that the major prerogatives apply throughout the Commonwealth, and are applied as a pure question of law": N. Cox, *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 *Australian Journal of Law and Society* (1998-99) 15 at 19.

[62] Generally, exercise of the Crown prerogative has been beyond the scope of judicial review. The Court could determine whether a prerogative power existed and if so, the scope of the power and whether it had been superceded by statute. Once a court established the existence and scope of the prerogative power, it could not review the exercise of that power. See H. Woolf, *De Smith, Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review*, new abridged ed. London: Sweet and Maxwell, 1999, at page 175; and *Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.). In *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the Supreme Court of Canada held that when the exercise of the Crown prerogative violates an individual's rights provided by 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]] then that exercise of prerogative power can be reviewed by the Court.

[63] In the *Council of Civil Service Unions*, *supra*, the House of Lords took the approach that the prevailing consideration in determining whether the exercise of a prerogative power is subject to judicial review is its

lords. Voir *Reference re Effect of Exercise of Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, aux pages 272 et 273, 59 C.C.C. 301, et *Attorney-General c. DeKeyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, à la page 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). Voir également Peter Hogg et Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto: Carswell, 2000), à la page 15.

La prérogative est une branche de la common law parce que les décisions des tribunaux déterminent à la fois son existence et sa portée. En résumé, la prérogative se compose des «pouvoirs et privilèges accordés par la common law à la Couronne»: Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, édition à feuilles mobiles (Toronto: Carswell, 1995), à 1.9. Voir également *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.). La prérogative royale est passée de l'Angleterre au Commonwealth. Comme le professeur Cox le faisait récemment observer, «il est clair que les principales prérogatives s'appliquent dans tout le Commonwealth, et que cette application constitue une pure question de droit»: N. Cox, «The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity», 14 *Australian Journal of Law and Society* (1998-99) 15, à la page 19.

[62] Généralement, l'exercice de la prérogative royale échappe au domaine du contrôle judiciaire. La Cour peut déterminer s'il existe un pouvoir en vertu de la prérogative et, dans l'affirmative, l'étendue de ce pouvoir et aussi déterminer s'il a été supplanté par une loi. Une fois qu'un tribunal a établi l'existence et l'étendue d'un pouvoir en vertu de la prérogative, il ne peut pas en contrôler l'exercice. Voir H. Woolf, *De Smith, Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review*, Londres: Sweet and Maxwell, 1999, à la page 175; et *Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (C.L.). Dans *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, la Cour suprême du Canada a statué que lorsque l'exercice de la prérogative royale porte atteinte aux droits d'un individu qui sont garantis par 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]], alors l'exercice de ce pouvoir en vertu de la prérogative peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[63] Dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions*, précité, la Chambre des lords s'est dit d'avis que la question primordiale qu'il convient de poser pour déterminer si l'exercice d'un pouvoir en vertu de la

subject-matter, not its source. In his speech, Lord Roskill said as follows, at page 417:

If the executive in pursuance of the statutory power does an act affecting the rights of the citizen, it is beyond question that in principle the manner of the exercise of that power may today be challenged on one or more of the three grounds which I have mentioned earlier in this speech. If the executive instead of acting under a statutory power acts under a prerogative power and in particular a prerogative power delegated to the respondent under article 4 of the Order in Council of 1982, so as to affect the rights of the citizen, I am unable to see, subject to what I shall say later, that there is any logical reason why the fact that the source of the power is the prerogative and not statute should today deprive the citizen of that right of challenge to the manner of its exercise which he would possess were the source of the power statutory. In either case the act in question is the act of the executive.

[64] Lord Diplock also considered the subject and said the following, at page 408:

To qualify as a subject for judicial review the decision must have consequences which affect some person (or body of persons) other than the decision-maker, although it may affect him too. It must affect such other person either:

(a) by altering rights or obligations of that person which are enforceable by or against him in private law; or

(b) by depriving him of some benefit or advantage which either (i) he had in the past been permitted by the decision-maker to enjoy and which he can legitimately expect to be permitted to continue to do until there has been communicated to him some rational grounds for withdrawing it on which he has been given an opportunity to comment; or (ii) he has received assurance from the decision-maker [that the benefit or advantage] will not be withdrawn without giving him first an opportunity of advancing reasons for contending that they should not be withdrawn.

[65] This “subject-matter test” approach was followed by the Ontario Court of Appeal in *Black, supra*. Mr. Justice Laskin, writing for the Court, linked the subject-matter test to the idea of justiciability and said as follows at paragraphs 50-51:

The notion of justiciability is concerned with the appropriateness of courts deciding a particular issue, or instead

prérogative peut être assujéti au contrôle judiciaire porte sur son objet et non sur sa source. Dans son allocution, lord Roskill dit ceci à la page 417:

[TRADUCTION] Si l'exécutif, dans l'exercice d'un pouvoir d'origine législative, adopte une loi qui porte atteinte aux droits du citoyen, il va sans dire qu'en principe la manière dont ce pouvoir est exercé peut aujourd'hui être contestée pour l'un des trois motifs, ou même davantage, que j'ai déjà mentionnés plus tôt dans mon allocution. Si l'exécutif, au lieu d'agir en vertu d'un pouvoir prévu par la loi, agit en vertu d'une prérogative et, en particulier, une prérogative délégué aux défendeurs en vertu de l'article 4 de l'arrêté en conseil de 1982, et qu'il porte atteinte aux droits du citoyen, je suis incapable de concevoir, sous réserve de ce que je m'appête à dire, qu'une quelconque raison logique, expliquant que la source du pouvoir est la prérogative et non la loi, puisse aujourd'hui priver le citoyen de ce droit de contester la manière dont le pouvoir est exercé, droit qu'il posséderait si la source du pouvoir était législative. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte en question est l'acte de l'exécutif.

[64] Lord Diplock a également examiné la question et a dit ceci à la page 408:

[TRADUCTION] Pour pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire, la décision doit avoir des conséquences qui touchent une personne (ou un groupe de personnes) autre que le décideur, bien qu'elle puisse aussi avoir des effets sur ce dernier. Elle doit toucher cette autre personne soit:

a) en portant atteinte à ses droits ou obligations qui peuvent être exercés par ou contre elle en droit privé; ou

b) en la privant de quelque avantage (i) que le décideur lui avait accordé dans le passé et qu'elle peut légitimement s'attendre à conserver jusqu'à ce qu'on lui communique des motifs rationnels pour le supprimer, motifs sur lesquels elle aura l'occasion de se prononcer; ou (ii) que le décideur lui a donné l'assurance [que l'avantage] ne lui sera pas retiré sans qu'elle ait d'abord l'occasion de fournir des raisons de prétendre que cet avantage ne devrait pas lui être retiré.

[65] Ce [TRADUCTION] «critère de l'objet» a été suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Black*, précité. Le juge Laskin, s'exprimant au nom de la Cour, a lié le critère de l'objet à l'idée d'assujétissement à la compétence des tribunaux et a poursuivi en disant ceci [aux paragraphes 50 et 51]:

[TRADUCTION] La notion d'assujétissement à la compétence des tribunaux a trait à l'opportunité pour les tribunaux de

deferring to other decision-making institutions like Parliament. . . . Only those exercises of the prerogative that are justiciable are reviewable. The court must decide “whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch”: *Reference re Canada Assistance Plan (British Columbia)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 545, 58 B.C.L.R. (2d) 1.

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to the judicial process, if its subject-matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[66] The subject-matter in the present application is the Minister’s request to the home state, that is the Republic of Italy, for the recall of the applicant. The applicant is present in Canada solely as a result of his appointment as a member of the staff of the Embassy of Italy. There is nothing on the record to show that he holds any other status in Canada. The request for his recall amounts to a declaration of *persona non grata*. The issue, then, is whether that request was made pursuant to the exercise of the Crown prerogative or if it was made pursuant to a domestic statute.

[67] It is clear that Parliament may displace the exercise of prerogative power, in principle and pursuant to section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as amended, which provides as follows:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

[68] The Vienna Convention, *supra*, is an international treaty concerning the appointment and recall of diplomatic envoys. The preamble to the Convention provides as follows:

The States Parties to the present Convention,

Recalling that peoples of all nations from ancient times have recognized the status of diplomatic agents,

Having in mind the purpose and principles of the Charter of the United Nations concerning the sovereign equality of States, the maintenance of international peace and security, and the promotion of friendly relations among nations,

décider d’une question particulière, ou alors d’en déférer à d’autres instances décisionnelles comme le législateur [. . .] Seuls ces exercices de la prérogative qui sont justiciables peuvent faire l’objet d’un contrôle. La Cour doit décider «si la question est de nature purement politique et devrait, par conséquent, être décidée devant une autre instance ou s’il y a un élément juridique suffisant pour justifier l’intervention du pouvoir judiciaire»: *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (Colombie-Britannique)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 545, 58 B.C.L.R. (2d) 1.

En vertu du critère énoncé par la Chambre des lords, l’exercice de la prérogative sera justiciable, ou pourra être assujéti au processus judiciaire, si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d’une personne. Lorsqu’il est porté atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d’une personne, la Cour est à la fois compétente et qualifiée pour examiner judiciairement l’exercice de la prérogative.

[66] L’objet de la présente instance est la demande du ministre adressé à l’État d’origine, c’est-à-dire la République italienne, de rappeler le demandeur. Le demandeur ne doit sa présence au Canada qu’au fait de sa nomination en tant que membre du personnel de l’ambassade d’Italie. Il n’y a rien dans le dossier qui indique qu’il a un autre statut au Canada. La demande de rappel équivaut à une déclaration de *persona non grata*. La question est donc de savoir si cette demande a été présentée en vertu de l’exercice de la prérogative royale ou aux termes d’une loi nationale.

[67] Il est clair que le législateur peut déplacer l’exercice du pouvoir en vertu de la prérogative, en principe et aux termes de l’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et ses modifications, qui stipule ce qui suit:

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives.

[68] La Convention de Vienne, précitée, est un traité international concernant la nomination et le rappel des envoyés diplomatiques. Le préambule de la Convention est rédigé dans les termes suivants:

Les États Parties à la présente Convention,

Rappelant que, depuis une époque reculée, les peuples de tous les pays reconnaissent le statut des agents diplomatiques,

Conscients des buts et des principes de la Charte des Nations Unies concernant l’égalité souveraine des États, le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement de relations amicales entre les nations,

Believing that an international convention on diplomatic intercourse, privileges and immunities would contribute to the development of friendly relations among nations, irrespective of their differing constitutional and social systems,

Realizing that the purpose of such privileges and immunities is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States,

Affirming that the rules of customary international law should continue to govern questions not expressly regulated by the provisions of the present Convention.

[69] Parts of the Convention were given force of law in Canada through the Act, that is specifically Articles 1, 22-24 and 27-40. The Act is silent as to Article 9 of the Convention which grants the state the right to declare any member of the diplomatic staff of a country *persona non grata*, without having to explain its decision. Article 9 provides as follows:

Article 9

1. The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is *persona non grata* or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared *non grata* or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State.

[70] In *Operation Dismantle*, *supra*, Justice Wilson said at page 484:

A treaty, therefore, may be in full force and effect internationally without any legislative implementation and, absent such legislative implementation, it does not form part of the domestic law of Canada. Legislation is only required if some alteration in the domestic law is needed for its implementation: see R. St J. Macdonald: "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris and Johnston, p. 88.

[71] In the absence of legislative implementation by Canada, Article 9 does not form part of the domestic law. The exclusion of this Article can only mean that Parliament intended that the expulsion of diplomats remain in the sphere of the Crown prerogative in the conduct of foreign affairs by Canada, and immune from

Persuadés qu'une convention internationale sur les relations, privilèges et immunités diplomatiques contribuerait à favoriser les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimes constitutionnels et sociaux,

Convaincus que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des États,

Affirmant que les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention,

[69] Certaines parties de la Convention ont force de loi au Canada du fait de l'adoption de la Loi, c'est-à-dire plus précisément les articles 1, 22 à 24 et 27 à 40. La Loi ne dit rien de l'article 9 de la Convention qui accorde à l'État le droit de déclarer tout membre du personnel diplomatique d'un pays *persona non grata*, sans avoir à fournir d'explication. L'article 9 stipule ce qui suit:

Article 9

1. L'État accréditaire peut, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant que le chef ou tout autre membre du personnel diplomatique de la mission est *persona non grata* ou que tout autre membre du personnel de la mission n'est pas acceptable. L'État accréditant rappellera alors la personne en cause ou mettra fin à ses fonctions auprès de la mission, selon le cas. Une personne peut être déclarée *non grata* ou non acceptable avant d'arriver sur le territoire de l'État accréditaire.

[70] Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, précité, le juge Wilson dit ceci à la page 484:

Un traité donc peut avoir force et effet internationalement sans mise en œuvre législative et, en l'absence de celle-ci, il ne fait pas partie du droit interne du Canada. Une loi n'est requise que si une modification quelconque du droit interne est nécessaire à sa mise en œuvre: voir R. St. J. Macdonald: «The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris et Johnston, p. 88.

[71] En l'absence d'une application d'origine législative par le Canada, l'article 9 ne fait pas partie du droit interne. L'exclusion de cet article ne peut que signifier que le législateur avait l'intention que l'expulsion des diplomates demeure dans la sphère de la prérogative royale dans la conduite des affaires

judicial review. In my opinion, a declaration of *persona non grata* is not a legal issue and remains in the political arena. The decision is not justiciable.

[72] The decision itself is not reviewable and the Court should not intervene in what is essentially a matter of the prerogative. I conclude that the Court does not have jurisdiction to hear this application and for that reason, the application must be dismissed.

[73] The applicant argues that, notwithstanding the omission of Article 9, the Act supplants the Crown prerogative to expel a diplomatic staff member without providing reasons. He argues that the Act, particularly subsection 4(1), limits the expulsion of a diplomat by the Minister to the situations outlined in that section and to those situations where some fault or offence has been committed by the affected diplomat.

[74] I do not accept this submission. Subsection 4(1) of the Act is a statement of general principle. It merely states the power of the Minister to control the presence of foreign envoys in Canada. It is consistent with customary principles of international law. It does not grant any greater rights to the applicant than enjoyed by any member of the diplomatic community subject to international law.

[75] While this application must be dismissed on the grounds that the decision under review is a matter of the prerogative, I propose, however, to address briefly the related issues of the applicant's standing and whether he was owed a duty of fairness.

[76] On the question of standing, it is recognized that diplomats are at liberty to pursue a civil or administrative action. However, the decision here at issue was expressed in a diplomatic note. A diplomatic note is not a "decision", rather it is a communication between states. See *Operation Dismantle*, *supra*, page 485.

[77] The request was for the recall of the applicant by the Republic of Italy. While the request affected the applicant, it remains a matter of relations between states.

étrangères par le Canada, et échappe au contrôle judiciaire. À mon avis, une déclaration de *persona non grata* n'est pas une question juridique mais demeure dans l'arène politique. La décision n'est pas justiciable.

[72] La décision elle-même ne peut faire l'objet d'un contrôle et la Cour n'interviendra pas dans ce qui est essentiellement une question de prérogative. Je conclus que la Cour n'a pas compétence pour entendre cette demande et, pour cette raison, la demande doit être rejetée.

[73] Le demandeur fait valoir que, malgré l'omission de l'article 9, la Loi supprime la prérogative royale d'expulser un membre du personnel diplomatique sans fournir de motif. Il soutient que la Loi, plus particulièrement le paragraphe 4(1), limite l'expulsion d'un diplomate par le ministre aux situations énoncées dans cet article et à ces situations où le diplomate visé a commis une faute ou une infraction quelconque.

[74] Je n'accepte pas cette prétention. Le paragraphe 4(1) de la Loi est une déclaration de principe général. Il énonce simplement le pouvoir du ministre de contrôler la présence des envoyés étrangers au Canada. Il est compatible avec les principes coutumiers du droit international. Il n'accorde pas au demandeur de droit plus étendu que celui dont jouissent tous les membres de la communauté diplomatique assujettie au droit international.

[75] Bien que la présente demande doive être rejetée au motif que la décision à l'étude est une question de prérogative, je propose, toutefois, de traiter brièvement des questions connexes à la qualité pour agir du demandeur et à la question de savoir si l'obligation d'équité s'applique à son cas.

[76] Pour ce qui est de la qualité pour agir, il est reconnu que les diplomates ont toute liberté pour intenter une action devant les tribunaux civils ou administratifs. Toutefois, la décision en l'espèce a été exprimée dans une note diplomatique. Une note diplomatique n'est pas une «décision» mais plutôt une communication entre États. Voir *Operation Dismantle*, précité, à la page 485.

[77] La demande portait sur le rappel du demandeur par la République italienne. Bien que cette demande touche le demandeur, elle n'en reste pas moins une

Canada requested that he be recalled and the Italian government acted upon that request. The applicant was in Canada only in a representative capacity and as such, he held no independent status. He lacks standing to challenge the actions of the Minister.

[78] Finally, the applicant complains that he was deprived of the opportunity to present his version of the events leading to the request for his recall. He claims that this loss of opportunity amounts to a breach of the duty of fairness.

[79] In my opinion, this argument cannot succeed. The declaration of *persona non grata* is not an administrative function carried out by the Minister pursuant to the Act. The applicant had the opportunity to make his case before the Italian government, prior to the issuance of the diplomatic note in question. As well, there were discussions between the Italian Ambassador and the Chief of Protocol, as referenced in the earlier notes of April 22, 1998 and July 13, 1998. The applicant's position was represented by the Italian government.

[80] As noted above, this is not an administrative decision. It is not analogous to a decision by the Minister of Citizenship and Immigration to issue a deportation order. The applicant is not being "deported". He was in Canada solely as a representative of the Italian government and enjoyed the diplomatic immunity and privileges attached to that position. The degree of procedural fairness owed to him is dependent on whether it is a right or privilege that is at issue. It is apparent that this case involves the loss of a privilege, not a right.

[81] In the circumstances of this case, I conclude that the applicant was not owed a duty of fairness and consequently, there was no breach of the duty of fairness.

[82] The application is dismissed with costs to the respondents.

ORDER

The application is dismissed with costs to the respondents.

question de relations entre États. Le Canada a demandé à ce qu'il soit rappelé et le gouvernement italien a acquiescé à cette demande. Le demandeur était au Canada uniquement en tant que représentant et, à ce titre, il n'avait aucun statut indépendant. Il n'a donc pas la qualité nécessaire pour contester les mesures prises par le ministre.

[78] Finalement, le demandeur se plaint qu'il a été privé de la possibilité de présenter sa version des événements qui ont mené à la demande de rappel. Il prétend que ce refus équivaut à un manquement à l'obligation d'équité.

[79] À mon avis, cet argument ne peut être retenu. La déclaration de *persona non grata* n'est pas une fonction administrative exercée par le ministre aux termes de la Loi. Le demandeur avait la possibilité de présenter sa cause devant le gouvernement italien, avant que la note diplomatique en question soit envoyée. De même, il y a eu des discussions entre l'ambassadeur d'Italie et le chef du protocole, comme en font foi les notes du 22 avril 1998 et du 13 juillet 1998. La position du demandeur était représentée par le gouvernement italien.

[80] Comme il a été noté ci-dessus, il ne s'agit pas d'une décision administrative. Cela n'équivaut pas à une décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de prendre une mesure d'expulsion. Le demandeur n'est pas «expulsé» (*deported*). Il se trouvait au Canada uniquement en tant que représentant du gouvernement italien et bénéficiait de l'immunité et des privilèges diplomatiques qui sont attachés à ce poste. Le degré d'équité procédurale qui lui est dû dépend de la question de savoir s'il s'agit d'un droit ou d'un privilège qui est en cause. Il ressort clairement qu'en l'espèce il s'agit de la perte d'un privilège et non d'un droit.

[81] Dans les circonstances de cette affaire, je conclus qu'aucune obligation d'équité n'était due au demandeur et, par conséquent, qu'il n'y a pas eu de manquement à l'obligation d'agir équitablement.

[82] La demande est rejetée avec dépens à la charge des défendeurs.

ORDONNANCE

La demande est rejetée avec dépens à la charge des défendeurs.

T-16-01
2001 FCT 1311

T-16-01
2001 CFPI 1311

Global Enterprises International Inc. (Plaintiff)

Global Enterprises International Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Owners and all Others Interested in the Ships *Aquarius, Sagra*n, and *Admiral Arciszewski*, the Said Ships *Aquarius, Sagra*n and *Admiral Arciszewski*, the Said Sisterships *Aquarius, Sagra*n and *Admiral Arciszewski* and Gryf Deep Sea Fishing Company (Defendants)

Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur les navires *Aquarius, Sagra*n et *Admiral Arciszewski*, les navires *Aquarius, Sagra*n et *Admiral Arciszewski* et Gryf Deep Sea Fishing Company (défendeurs)

and

et

SK Shipping Co. Ltd., and Coltrane Trading Limited (Intervenors)

SK Shipping Co. Ltd. et Coltrane Trading Limited (intervenantes)

INDEXED AS: GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. v. AQUARIUS (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. c. AQUARIUS (L') (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, November 19 and 28, 2001.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 19 et 28 novembre 2001.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Motion to strike out affidavit of claim — Polish trustee in bankruptcy requesting entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, be sent to Poland to form estate of bankrupt former owners of trawlers — Affidavit making it clear claim in bankruptcy — Nothing therein bringing claim within Court's jurisdiction — While trustee in bankruptcy may continue action of bankrupt, any proceedings by trustee in bankruptcy must begin in superior court of relevant province — Trustee not purporting to set out claim in rem or claim for anything other than claim in bankruptcy — Federal Court, as statutory court lacking jurisdiction in absence of statutory grant of jurisdiction by Parliament — No amendment would assist trustee — Affidavit struck out without leave to amend.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation — Syndic de faillite polonais demandant que le produit de la vente de chalutiers abandonnés à Vancouver soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire des chalutiers — L'affidavit précisait bien qu'il s'agissait d'une réclamation en matière de faillite — Il n'y a rien dans l'affidavit qui ferait relever la réclamation de la compétence de la Cour fédérale — Bien que le syndic puisse poursuivre l'action entamée par le failli, toute instance entamée par le syndic doit être introduite devant la cour supérieure de la province en cause — Le syndic ne prétend pas soumettre une créance réelle ou une réclamation autre qu'une réclamation en matière de faillite — En tant que tribunal créé par la loi, la Cour fédérale n'a pas compétence en la matière, car le législateur fédéral ne lui a pas attribué une telle compétence en vertu de la loi — Aucune modification ne serait utile pour le syndic — L'affidavit est radié sans que le syndic soit autorisé à le modifier.

Practice — Affidavits — Motion to strike out affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — Affidavit in form of notarial deed, setting out bare statement given by trustee to notary in third person — Contained opinion, even legal opinion, with neither

Pratique — Affidavits — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonais en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire — Affidavit rédigé sous forme d'acte notarié relatant à la troisième personne une brève déclaration

documentary verification of amounts claimed nor identification of creditors, sources of information — Generally, affidavits should not be struck out at preliminary stage — Affidavit breached Federal Court Rules, 1998, r. 80(1) requiring affidavits to be in first person — Also breached r. 81(1) allowing affidavits to be sworn on grounds of information and belief, with grounds provided — Failure to provide trustee's own evidence goes to weight to be accorded to affidavit — Lack of documentary evidence could preclude any real cross-examination of creditors — But Federal Court recently applying principle that irregularity will not result in affidavit being struck unless moving party showing prejudice — Affidavit of so little substance, weight that no real prejudice might arise — Ought not to be struck on ground of procedural shortcomings but struck, without leave to amend, for want of jurisdiction.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Abuse of process — Affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — These proceedings involving determination of priorities to proceeds of sale — Affidavit referred to advertisement in Lloyd's List, giving notice to worldwide shipping community of trustee's view Federal Court sale illegal — Advertisement hampered sale of trawlers — Advertisement might constitute contempt of court but better considered abuse of process, particularly as trustee, while casting aspersions on Federal Court, invoking Court's process by claiming entitlement to entire proceeds of sale — Trustee also hampering efficient, orderly progress of action by not proceeding with appeals — Had affidavit of claim not been struck out for want of jurisdiction, would have been struck as abuse of process.

Maritime Law — Practice — Motion to strike out affidavit of claim in support of request by Polish trustee in bankruptcy for transfer to Poland of entire proceeds of sale of trawlers, abandoned at Vancouver, to form estate of bankrupt former owners of trawlers — These proceedings involving determination of priorities to sale proceeds — Only claims with respect to res should be permitted in priorities proceeding — Affidavit not alleging any of debts in rem or even in relation to trawlers themselves — Federal Court Act, s. 22 permitting

faite par le syndic au notaire — L'auteur de l'affidavit y exprime une opinion, et même des avis juridiques, sans justifier par des écrits les sommes réclamées, sans identifier les créanciers et sans préciser la provenance des renseignements — En règle générale, le tribunal ne devrait pas radier un affidavit d'entrée de cause — L'affidavit ne respecte pas l'art. 80(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), qui exige que les affidavits soient rédigés à la première personne — Il ne respecte pas non plus l'art. 81(1), qui permet à celui qui souscrit un affidavit de faire des déclarations fondées sur ce qu'il croit être les faits, avec motifs à l'appui — Le défaut du syndic de fournir la meilleure preuve a une incidence sur le poids à accorder à l'affidavit — L'absence de preuve documentaire risque d'empêcher la tenue d'un véritable contre-interrogatoire des créanciers — La Cour fédérale a récemment appliqué le principe qu'une irrégularité n'entraîne la radiation d'un affidavit que si le requérant réussit à démontrer qu'elle lui a causé un préjudice — L'affidavit du syndic a si peu de contenu et de poids qu'aucun véritable préjudice ne pourrait être causé — Il n'y a pas lieu de radier l'affidavit en raison de ces seules imperfections, mais l'affidavit est radié, sans autorisation de le modifier, pour défaut de compétence.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Abus de procédure — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonais en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire des chalutiers — La présente instance porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente — L'affidavit fait état d'un avis paru dans le registre de Lloyd pour informer l'industrie internationale des transports maritimes que la Cour fédérale agissait illégalement, de l'avis du syndic — Cet avis a empêché la vente des chalutiers — L'avis pourrait constituer un outrage au tribunal, mais il vaut mieux de le considérer comme un abus de procédure, d'autant plus qu'en plus de dénigrer la Cour fédérale, le syndic cherche encore à profiter de la tribune que lui offre la Cour en prétendant qu'il a droit à la totalité du produit de la vente en justice — Le syndic a aussi nui au déroulement efficace et ordonné de l'action en ne donnant pas suite à ses appels — Si l'affidavit n'était pas radié en raison du défaut de compétence de la Cour fédérale en matière de faillite, il le serait pour cause d'abus de procédure.

Droit maritime — Pratique — Requête en radiation d'un affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par un syndic de faillite polonais en vue d'obtenir que le produit de la vente de chalutiers, abandonnés à Vancouver, soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif de faillite de l'ancien propriétaire — La présente instance porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente — Seules les créances qui portent sur la chose sont admissibles dans le

admiralty jurisdiction of Federal Court to be exercised between subject and subject, as well as in rem pursuant to s. 43 — In rem proceedings founded on in personam liability of owner — No service on owner of trawlers, owner not appearing — Thus pure in rem proceeding, but no in rem facet to affidavit — Difference between apparent in personam claim made by affidavit, in rem claim required in order to partake in sale proceeds substantive matter — That trustee may have in personam claim irrelevant — Affidavit, lacking in rem claim, struck out as completely irrelevant.

This was a motion by intervener, SK Shipping Co. Ltd., to strike out the affidavit of claim supporting a request by the Polish trustee in bankruptcy (the syndic) of the former owners of the defendant trawlers, which had been abandoned at Vancouver, that the entire sale proceeds be sent to Poland to form the estate of the bankrupt. This proceeding involved a determination of priorities to the proceeds of the sale of the trawlers. The affidavit was in the form of a notarial deed, setting out a short statement apparently given by the syndic to the notary public, which was then set out by the notary in the third person. It claimed eighteen million dollars “on behalf of all of the creditors” and stated that, in accordance with an earlier advertisement in Lloyd’s List and a caution addressed to the Federal Court, any distribution of the proceeds not within the bankruptcy proceedings was unlawful. SK Shipping moved to strike on the grounds that the affidavit was not in the first person as required by section 80 of the rules; was not based on personal knowledge or on information believed supported by evidence as required by section 81; the Federal Court lacked jurisdiction to hear a claim in bankruptcy; and, relying on *Federal Court Rules, 1998*, rule 221, alleged that the affidavit was immaterial, scandalous, frivolous or vexatious, that it might prejudice or delay a fair trial and that both the affidavit of claim and the tactics employed by the syndic were an abuse of the process of the Court.

Held, the motion should be allowed.

Generally, affidavits should not be struck out at a preliminary stage. For the sake of efficiency, impugned

cadre d'une instance portant sur l'ordre de priorité des créanciers — Le syndic ne prétend pas dans son affidavit que les créances sont des créances réelles ou même qu'elles se rapportent aux chalutiers eux-mêmes — La Cour fédérale a compétence en matière personnelle, en vertu de l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale, de même qu'en matière réelle, aux termes de l'art. 43 — L'action réelle repose sur la responsabilité personnelle du propriétaire — Le propriétaire des chalutiers n'a reçu signification d'aucun acte de procédure et il n'a pas comparu — Il s'agit donc d'une action purement réelle, mais l'affidavit de réclamation du syndic ne comporte aucun aspect réel — La différence entre ce qui semble être une créance personnelle produite au moyen d'un affidavit et la créance réelle qui doit être produite pour pouvoir participer au partage du produit de la vente est une question de fond — Le fait que le syndic puisse faire valoir un droit de créance personnel n'a pas la moindre importance — L'affidavit du syndic, qui ne fait état d'aucune créance réelle, est tout à fait irrégulier.

Il s'agit d'une requête présentée par l'intervenante SK Shipping Co. Ltd., en vue d'obtenir la radiation de l'affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par le syndic de faillite polonais (le syndic) de l'ancien propriétaire des chalutiers, qui ont été abandonnés à Vancouver, en vue d'obtenir que le produit de la vente soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif du failli. La présente instance porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente des chalutiers. L'affidavit a été souscrit sous forme d'acte notarié exposant une brève déclaration que le syndic aurait faite devant le notaire et que ce dernier relate à la troisième personne. Le syndic réclamait dix-huit millions de dollars «au nom de la masse des créanciers» et affirmait qu'en conformité avec un avis déjà paru dans le registre de Lloyd et de mises en garde adressées à la Cour fédérale, il serait illicite de procéder au partage du produit de la vente en dehors du cadre de la procédure de faillite. SK Shipping a présenté une requête en radiation de l'affidavit au motif que celui-ci n'était pas rédigé à la première personne, contrairement à ce qu'exige l'article 80 des Règles, qu'il ne se limitait pas aux faits dont le déclarant avait une connaissance personnelle ou à ce que le déclarant croyait être les faits, contrairement à ce qu'exige l'article 81, que la Cour fédérale n'a pas compétence pour se prononcer sur une réclamation en matière de faillite et que, suivant l'article 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, l'affidavit n'est pas pertinent, qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire, qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder et que l'affidavit de réclamation et les tactiques utilisées par le syndic constituent un abus de procédure.

Jugement: la requête est accueillie.

En règle générale, le tribunal ne devrait pas radier un affidavit d'entrée de cause. Pour des raisons d'efficacité, il

affidavits should be left for the trial judge, who may be in a better position to assess and weigh that evidence. There are exceptions which involve special circumstances, including where an affidavit is abusive or is clearly irrelevant, where the Court is convinced that admissibility should be resolved at an early stage so that the ultimate hearing might proceed in an orderly manner, or where there is conjecture, speculation or legal opinion in the affidavit.

The impugned affidavit contained opinion, even legal opinion, with neither documentary verification of the amounts claimed, nor identification of the creditors or sources of the information which was, at best, at least third-hand hearsay. The claim on behalf of all of the creditors ignored the fact that there were a number of creditors, including Polish creditors, who had made claim by themselves in the Federal Court, at least one group of which, the officers and crew members who claimed maritime liens, seemed to have ignored the Polish proceedings entirely.

The affidavit breached subsection 80(1) of the *Federal Court Rules, 1998*, which requires affidavits to be in the first person and subsection 81(1) which allows affidavits upon motions to be sworn on the grounds of information and belief, with the grounds provided. However, the syndic's failure to provide the best evidence, that is, his own affidavit, or the affidavits of the actual claimants, goes to the weight to be accorded to the affidavit. A judge might, despite some of the questionable evidence, legal opinions and abusive comments attributed to the syndic, determine that there was some residual reliability in the affidavit, but it would certainly be given little weight because the claims are neither explained nor identified.

The lack of documentary evidence in the affidavit prevents Federal Court claimants from knowing the identity of the creditors whom the syndic represents, whether the debts are with respect to the trawlers, the extent, if any, of the duplication between Federal Court claimants and claimants in the bankruptcy proceedings, and whether the debts claimed are valid and properly admissible. This could well deprive a Federal Court claimant of any real cross-examination of the creditors, for there is no indication of who should be examined and nothing to indicate whether that person even ought to be examined. The Federal Court has recently applied the principle that irregularity will not result in an affidavit being struck out unless the moving party can show prejudice. The very essence of affidavits of claim in a ship sale proceeding is to set out the

conviend de laisser le soin de se prononcer sur un affidavit contesté au juge du fond, qui est mieux placé pour apprécier et évaluer ce type de preuve. Cette règle générale souffre toutefois une exception dans certaines circonstances particulières, notamment lorsque l'affidavit est abusif ou est manifestement dénué de pertinence ou lorsque le tribunal est convaincu que la question de son admissibilité devrait être tranchée dès le début de l'instance, de manière à ce que l'instruction se déroule dans l'ordre ou encore lorsque l'affidavit repose sur des conjectures, des spéculations ou sur une opinion juridique.

Dans l'affidavit contesté, le déclarant exprime une opinion et même des avis juridiques, sans justifier par des écrits les sommes réclamées, sans identifier les créanciers et sans préciser la provenance des renseignements qui peuvent au mieux être qualifiés de oui-dire indirect. Le syndic réclame au nom de tous les créanciers, ignorant ainsi le fait que plusieurs créanciers, dont un certain nombre de créanciers polonais, ont produit leur propre créance à la Cour fédérale et qu'au moins un groupe d'entre eux— les officiers et membres d'équipage qui revendiquent des privilèges maritimes— semblent n'avoir tenu aucun compte de l'instance polonaise.

L'affidavit du syndic ne respecte ni le paragraphe 80(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui exige que les affidavits soient rédigés à la première personne, ni le paragraphe 81(1) des Règles, qui permet au déclarant qui souscrit un affidavit à l'appui d'une requête de faire des déclarations fondées sur ce qu'il croit être les faits, avec motifs à l'appui. Qui plus est, le défaut du syndic de fournir la meilleure preuve, c'est-à-dire son propre affidavit ou celui des créanciers, a une incidence sur le poids à accorder à l'affidavit. Un juge pourrait, malgré l'existence de certains éléments de preuve et opinions juridiques contestables et de quelques propos abusifs attribués au syndic, accorder une relative fiabilité à l'affidavit, mais il n'en demeure pas moins que l'affidavit se verrait accorder peu de poids, d'autant plus que les créances ne sont ni expliquées, ni identifiées.

L'absence de preuve documentaire empêche ceux qui réclament devant la Cour fédérale de connaître l'identité des créanciers que le syndic représente, de savoir si les créances visent les chalutiers, de connaître l'ampleur, s'il en est, du chevauchement entre ceux qui réclament devant la Cour fédérale et les créanciers dans la procédure de faillite et de savoir si les créances dont le syndic poursuit le recouvrement sont valables et régulièrement admissibles. Ceux qui ont présenté une réclamation devant la Cour fédérale risquent fort d'être ainsi privés de la possibilité de procéder à un véritable contre-interrogatoire des créanciers, car il est impossible de savoir qui devrait être interrogé ou même si une personne déterminée devrait subir un interrogatoire. La Cour fédérale a récemment appliqué le principe qu'une irrégularité n'entraîne

nature of the claim so that it may be fitted into the long-established framework of *in rem* priorities and, where necessary, the claim be subjected to rigorous cross-examination. Merely to lay claim to eighteen million dollars (US) on behalf of all creditors, without identifying the creditors or the nature of their claims may be prejudicial to those who claim only in the Federal Court, particularly to the secured *in rem* claimants who have apparent maritime liens and mortgages. Yet the syndic's affidavit is patently of so little substance and weight that no real prejudice might arise. Thus it ought not to be struck out for those shortcomings alone.

SK Shipping submitted that only claims with respect to the *res* ought to be permitted in a priorities proceeding. There is substance in the argument that since the syndic does not allege that any of the debts are *in rem* or even that the debts are in relation to the trawlers themselves, that the claim ought not to be permitted at a priorities hearing. There are, however, other aspects to consider. *Federal Court Act*, section 22 permits the admiralty jurisdiction of the Federal Court to be exercised between subject and subject, as well as *in rem* pursuant to section 43. *In rem* proceedings are firmly founded on the *in personam* liability of the owner. Yet there does not appear to have been any service on the owner of the trawlers, nor has the owner appeared. Thus it is a pure *in rem* proceeding, but there is no *in rem* facet to the syndic's affidavit of claim. The difference between the apparent *in personam* claim which the syndic makes by affidavit, and the *in rem* required in order to partake in the sale proceeds, is a matter of substance. That the syndic may have, as trustee in bankruptcy, an apparent *in personam* claim, was completely irrelevant. The syndic's claim, as presented, had no effect on the trawlers or on their sale proceeds. The syndic's affidavit, which lacked an *in rem* claim, was completely irrelevant, and was struck out.

The syndic's affidavit makes it clear that the claim was in bankruptcy. Nothing therein brought the claim within the Federal Court's jurisdiction. While a trustee in bankruptcy may continue the action of a bankrupt, any proceedings by a trustee in bankruptcy must begin in the superior courts of the relevant province. The syndic did not purport to set out a claim *in rem*

la radiation d'un affidavit que si le requérant réussit à démontrer qu'elle lui a causé un préjudice. L'essence même des affidavits de réclamation dans le cas d'une procédure de vente d'un navire est d'exposer la nature de la réclamation de manière à ce qu'elle entre dans le cadre établi depuis longtemps de l'ordre de priorité des créances réelles et que la personne qui réclame fasse au besoin l'objet d'un contre-interrogatoire serré. Le fait de se contenter de revendiquer une somme de quelque dix-huit millions de dollars (US), au nom de la masse des créanciers, sans identifier les créanciers en question, sans préciser la nature de leur créance de manière à établir l'ordre de priorité des créances réelles et sans indiquer s'il y a lieu de procéder à un contre-interrogatoire risque fort de causer un préjudice à ceux qui ne réclament que devant la Cour fédérale et cause particulièrement un préjudice aux créanciers réels garantis qui semblent détenir des privilèges et des hypothèques maritimes. Pourtant, l'affidavit du syndic a si peu de contenu et de poids qu'aucun véritable préjudice ne pourrait être causé. Il n'y a pas lieu de radier l'affidavit en raison de ces seules imperfections.

SK Shipping soutenait que seules les créances qui portent sur la chose sont admissibles dans le cadre d'une instance portant sur l'ordre de priorité des créanciers. L'argument que, comme le syndic ne prétend pas que les créances sont des créances réelles ou même qu'elles se rapportent aux chalutiers eux-mêmes, la créance ne devrait pas être admise lors de l'instruction portant sur l'établissement de l'ordre de priorité n'est pas sans fondement. Il y a toutefois d'autres aspects dont il faut tenir compte. La Cour fédérale a compétence en matière personnelle, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de même qu'en matière réelle, aux termes de l'article 43 de la même Loi. L'action réelle repose fermement sur la responsabilité personnelle du propriétaire. Pourtant, il semble que le propriétaire des chalutiers n'ait reçu signification d'aucun acte de procédure et qu'il n'ait pas comparu. La différence entre ce qui semble être une créance personnelle produite par le syndic au moyen d'un affidavit et la créance réelle qu'il doit produire pour pouvoir participer au partage du produit de la vente est une question de fond. Le fait que le syndic puisse, en sa qualité de syndic de faillite, faire apparemment valoir un droit de créance personnel, n'a pas la moindre importance. Telle qu'elle est présentée, la réclamation du syndic n'a aucune incidence sur les chalutiers ou le produit de la vente. L'affidavit du syndic, qui ne fait état d'aucune créance réelle, est tout à fait irrégulier et il est radié.

Il ressort à l'évidence de l'affidavit du syndic que sa réclamation est en matière de faillite. Un examen attentif de l'affidavit ne révèle rien qui ferait relever la réclamation de la compétence de la Cour fédérale. Bien que le syndic puisse poursuivre l'action introduite par le failli, toute instance entamée par le syndic doit être introduite devant la cour

or a claim for anything other than a claim in bankruptcy. The Federal Court, being a statutory court, had no jurisdiction, for there is no statutory grant of jurisdiction to it by Parliament. Further, no amendment would assist the syndic. On this ground, the affidavit was struck out, without leave to amend.

The affidavit referred to an advertisement in Lloyd's List which gave notice to the shipping community worldwide that the Federal Court of Canada sale was, in the syndic's view, illegal and that no bill of sale would be effective to delete the trawlers from the Polish shipping registry unless it were signed by the syndic. That advertisement handicapped the sheriff in the sale of the trawlers. While such an advertisement might be treated as contempt of court, as tending to interfere with the administration of justice, it would be best for all concerned to look upon it as an abuse of the process of the Court, not as contempt. It was all the more so an abuse in that the syndic, while casting aspersions on the Federal Court, in a statement made to the international maritime community at large, still sought to take advantage of the process of this Court by claiming entitlement to the entire proceeds of the judicial sale. The abuse did not stop there. Throughout the course of this action the syndic hampered its efficient and orderly progress. Twice it appealed orders, but did not proceed with the appeals, in one instance forcing the purchasers to bring a motion to have the appeal declared of no force and effect. The actions of the syndic have been an abuse of the process of the Court. Had the affidavit not been struck out on the basis of an absence of jurisdiction, it would have been struck out by reason of being abusive in the context of an overall abuse by the syndic of this Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2), s. 183 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 10; S.C. 1998, c. 30, s. 14; 1999, c. 3, s. 15; 2001, c. 4, s. 33), Part XIII (as enacted by S.C. 1997, c. 12, s. 118).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 49, 50 (as am. by S.C. 1990, c. 18, s. 90).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22 (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82), 43 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12; 1996, c. 31, s. 83).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 80(1), 81, 221(1)(b),(c),(d),(f), Form 80.
- International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships*, Brussels, May 10, 1952.

supérieure de la province en cause. Le syndic ne prétend pas soumettre une créance réelle ou une réclamation autre qu'une réclamation en matière de faillite. En tant que tribunal créé par la loi, la Cour fédérale n'a pas compétence en la matière, car le législateur fédéral ne lui a pas attribué une telle compétence en vertu de la loi. Qui plus est, toute modification qui pourrait être apportée à l'affidavit ne serait d'aucune utilité pour le syndic. L'affidavit est donc radié pour ce motif, sans que le syndic soit autorisé à le modifier.

L'affidavit faisait état d'un avis paru dans le registre de Lloyd, qui informait l'industrie internationale des transports maritimes que la Cour fédérale agissait illégalement, de l'avis du syndic et qu'aucun acte de vente ne pourrait valablement avoir pour effet de supprimer les chalutiers du registre polonais de la navigation s'il n'était pas signé par le syndic. Cet avis a empêché le shérif de vendre les chalutiers. Même si cet avis pourrait être qualifié d'outrage au tribunal pour cause de tentative d'entrave à la justice, il vaut mieux de le considérer comme un abus de procédure, d'autant plus qu'en plus de dénigrer la Cour fédérale, le syndic cherche encore à profiter de la tribune que lui offre la Cour en prétendant qu'il a droit à la totalité du produit de la vente en justice. Mais l'abus ne s'arrête pas là. Pendant toute la durée de la présente instance, le syndic a nui au déroulement efficace et ordonné de l'action. À deux reprises, il a interjeté appel d'ordonnances prononcées par le tribunal sans donner suite à ses appels: dans un cas, les acquéreurs ont dû présenter une requête en vue de faire déclarer l'appel nul et de nul effet. Les agissements du syndic constituent un abus de procédure. Si son affidavit n'avait pas été radié en raison du défaut de compétence de la Cour, il le serait au motif qu'il est abusif dans le contexte des abus généraux de procédure dont le syndic s'est rendu coupable.

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires en mer*, Bruxelles, 10 mai 1952.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22 (mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 82), 43 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12; 1996, ch. 31, art. 83).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2), art. 183 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 10; L.C. 1998, ch. 30, art. 14; 1999, ch. 3, art. 15; 2001, ch. 4, art. 33), partie XIII (édicte par L.C. 1997, ch. 12, art. 118).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 49, 50 (mod. par L.C. 1990, ch. 18, art. 90).
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 80(1), 81, 221(1)(b),(c),(d),(f), formule 80.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sawridge Band v. Canada, [2000] F.C.J. No. 192 (T.D.) (QL); *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [2001] 1 F.C. 408; (2000), 189 F.T.R. 230 (T.D.); *Mecca, City of* (1881), 6 P.D. 106 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

CONSIDERED:

Bank of Scotland v. Nel (The), [1998] F.C.J. No. 1499 (T.D.) (QL); *Kemanord AB v. PPG Industries, Inc. et al.* (1980), 49 C.P.R. (2nd) 29 (F.C.T.D.); *Nissho Iwai Corp. v. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 134 (F.C.T.D.); *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360; (1983), 33 C.P.C. 230; 70 C.P.R. (2d) 11; 46 N.R. 483 (C.A.); *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *Ultramar Can. Inc. v. Pierson SS Ltd.* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 9 (F.C.T.D.); *Cerro Colorado, The*, [1993] 1 Lloyd's Rep. 58.

REFERRED TO:

Blamey v. Blamey, [1902] W.N. 138; *Re Husband* (1865), 12 L.T. 303; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 159 F.T.R. 24 (F.C.T.D.); *Gingras v. Canadian Security & Intelligence Service* (1987), 19 C.P.R. (3d) 283 (F.C.T.D.).

MOTION by intervener to strike out the affidavit of claim supporting a request by the Polish trustee in bankruptcy of the former owners of trawlers which had been abandoned at Vancouver that the entire sale proceeds be sent to Poland to form the estate of the bankrupt. Motion allowed on the ground that the Federal Court did not have jurisdiction to deal with bankruptcy proceedings.

APPEARANCES:

Pauline Gardikiotis for plaintiff.
Christopher J. Giaschi for intervener SK Shipping Co. Ltd.
William Perrett for caveator Triton Marine Group Inc.
Simon P. Barker for claimant Vancouver Port Authority.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bande de Sawridge c. Canada, [2000] A.C.F. n° 192 (1^{re} inst.) (QL); *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [2001] 1 C.F. 408; (2000), 189 F.T.R. 230 (1^{re} inst.); *Mecca, City of* (1881), 6 P.D. 106 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bank of Scotland c. Nel (Le), [1998] A.C.F. n° 1499 (1^{re} inst.) (QL); *Kemanord AB c. PPG Industries, Inc. et al.* (1980), 49 C.P.R. (2nd) 29 (C.F. 1^{re} inst.); *Nissho Iwai Corp. c. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 134 (C.F. 1^{re} inst.); *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360; (1983), 33 C.P.C. 230; 70 C.P.R. (2d) 11; 46 N.R. 483 (C.A.); *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *Ultramar Can. Inc. c. Pierson SS Ltd.* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 9 (C.F. 1^{re} inst.); *Cerro Colorado, The*, [1993] 1 Lloyd's Rep. 58.

DÉCISIONS CITÉES:

Blamey v. Blamey, [1902] W.N. 138; *Re Husband* (1865), 12 L.T. 303; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)* (1998), 159 F.T.R. 24 (C.F. 1^{re} inst.); *Gingras c. Service canadien du renseignement de sécurité*, (1987), 19 C.P.R. (3d) 283 (C.F. 1^{re} inst.).

REQUÊTE présentée par l'intervenante en vue de faire radier l'affidavit de réclamation déposé à l'appui d'une demande formulée par le syndic de faillite polonais de l'ancien propriétaire de chalutiers qui ont été abandonnés à Vancouver en vue d'obtenir que le produit de la vente soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif du failli. La requête est accueillie au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour se prononcer sur une réclamation en matière de faillite.

ONT COMPARU:

Pauline Gardikiotis pour la demanderesse.
Christopher J. Giaschi pour l'intervenante SK Shipping Co. Ltd.
William Perrett pour l'opposante Triton Marine Group Inc.
Simon P. Barker pour le créancier Administration portuaire de Vancouver.

SOLICITORS OF RECORD:

Campney & Murphy, Vancouver, for plaintiff.

Giaschi & Margolis, Vancouver, for intervener SK Shipping Co. Ltd.

Faskin Martineau DuMoulin, Vancouver, for intervener Coltrane Trading Limited.

Oland & Company, Vancouver for claimant Vancouver Port Authority.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: *The Aquarius, Sagan and Admiral Arciszewski*, which are substantial factory trawlers (collectively the trawlers), together with their crews, were abandoned at Vancouver by the owner of the trawlers, Gryf Deep Sea Fishing Company. This proceeding involves the arrest of the trawlers by maritime creditors, the sale of the ships, the filing of affidavits of claim against the sale proceeds and a determination of priorities to the sale proceeds. The first three steps being accomplished, the issue of priorities remains to be determined in due course.

[2] As a procedural matter the intervener, SK Shipping Co. Ltd., now seeks to strike out the affidavit of claim supporting a request by the Polish trustee in bankruptcy of the former owner of the trawlers, that the entire sale proceeds be sent to Poland to form the estate of the bankrupt, Gryf Deep Sea Fishing Company. The affidavit is in the form of a notarial deed, setting out, second-hand, the advice received by the notary from the syndic, being the trustee in bankruptcy.

[3] Also relevant on this present motion are the claims in this action, which have been made by affidavits of claim against the sale proceeds. By reason of conditions at the time of the sale the trawlers fetched a price in excess of their market value appraisals. However, the apparent *in rem* claims, claims which *prima facie* appear sound, including the claim of the mortgagee, being secured claimants, substantially exceed the available sales proceeds. To elaborate, the trawlers were appraised at a total of US\$2,650,000; the market, strengthening by

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Campney & Murphy, Vancouver, pour la demanderesse.

Giaschi & Margolis, Vancouver, pour l'intervenante SK Shipping Co. Ltd.

Faskin Martineau DuMoulin, Vancouver, pour l'intervenante Coltrane Trading Limited.

Oland & Company, Vancouver, pour le créancier Administration portuaire de Vancouver.

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

[1] LE PRONOTAIRE HARGRAVE: *L'Aquarius*, le *Sagan* et l'*Admiral Arciszewski*, qui sont de gros chalutiers-usines (les chalutiers), ont été abandonnés à Vancouver, avec leur équipage respectif, par leur propriétaire, la Gryf Deep Sea Fishing Company. La présente instance porte sur la saisie conservatoire des chalutiers par des créanciers maritimes, la vente des navires en question, le dépôt d'affidavits de réclamation sur le produit de la vente et la détermination de l'ordre de priorité des créanciers relativement au produit de la vente. Comme les trois premières étapes ont déjà été franchies, il ne restera plus qu'à aborder en temps utile la question de l'ordre de priorité des créanciers.

[2] Sur le plan procédural, l'intervenante SK Shipping Co. Ltd. sollicite la radiation de l'affidavit qui a été déposé à l'appui de la demande formulée par le syndic de faillite polonais de l'ancien propriétaire des chalutiers en vue d'obtenir que le produit de la vente soit transféré en totalité en Pologne pour former l'actif du failli, la Gryf Deep Sea Fishing Company. L'affidavit a été souscrit sous forme d'acte notarié dans lequel sont exposées, par personne interposée, les déclarations que le syndic a faites au notaire qui a dressé l'acte en question.

[3] La présente requête concerne également les réclamations qui ont été formulées dans la présente action sous forme d'affidavits de réclamation sur une partie du produit de la vente. En raison de la conjoncture qui existait au moment de la vente, la vente des chalutiers a permis d'obtenir un prix supérieur à leur valeur marchande. Toutefois, les créances réelles apparentes, qui sont présentées par des créanciers garantis—et notamment par le créancier hypothécaire—et qui semblent à première vue valables excèdent de

the time of the sale, the trawlers realized, before sale expenses, US\$4,840,000; sale expenses were approximately US\$150,000, leaving net proceeds of US\$4,690,000 and those who claim as secured creditors, with deemed marshall's expenses or *prima facie* liens and mortgages, and those with *prima facie* statutory rights *in rem*, applying rough-and-ready exchange rates, seek about US\$10,170,000. Of the US\$10,170,000 claim figure, in excess of \$9,500,000 is sought by those who are said to be secured by either deemed marshall's expenses, maritime liens or mortgages. On this basis there may well be nothing for those who claim by statutory right *in rem*, let alone for those with only *in personam* rights.

ANALYSIS

Issues to Consider

[4] The initial issue is that of when the Federal Court will strike out an affidavit, here the affidavit of claim in support of the claim of the estate of the owner in bankruptcy. The estate is represented by a syndic: I do not take the term syndic to have any meaning beyond that of one who has been deputed to represent and transact the affairs of Gryf Deep Sea Fishing Company. In short, the syndic, as the term is used here, is a trustee rather than a person with magisterial powers.

[5] There then follows the consideration of the grounds relied upon by SK Shipping Co. Ltd. (SK Shipping) on its motion to strike out the affidavit, being that:

1. The affidavit of claim of the Syndic is not in the first person as required by Rule 80; and it is not prepared on personal knowledge, or on information believed supported by evidence, as required by Rule 81;
2. The affidavit of claim of the Syndic has no supporting evidence whatsoever, and as such will delay the fair trial of this action and prejudice other claimants;

beaucoup le produit de vente disponible. Pour être plus précis, signalons que la valeur totale des chalutiers a été fixée à 2 650 000 \$US, que, le marché s'étant raffermi au moment de la vente, la vente des chalutiers a permis de réaliser, avant les dépenses afférentes à la vente, une somme de 4 840 000 \$US et que les dépenses afférentes à la vente tournaient autour de 150 000 \$US, pour un produit net de 4 690 000 \$US. Ceux qui réclament à titre de créanciers garantis, en tenant compte des frais réputés du prévôt et des privilèges ou hypothèques *prima facie*, et ceux qui possèdent à première vue des droits réels en vertu de la loi, réclament environ 10 170 000 \$US, si l'on applique un taux de change approximatif. De ce montant de 10 170 000 \$US, plus de 9 500 000 \$ sont réclamés par ceux dont les créances seraient garanties par les frais du prévôt ou par des garanties ou des hypothèques maritimes. Il s'ensuit qu'il se peut qu'il ne reste plus rien pour les créanciers qui font valoir des droits réels en vertu de la loi, et encore moins pour ceux qui n'ont que des droits personnels.

ANALYSE

Questions à examiner

[4] La première question à trancher est celle de savoir dans quels cas la Cour fédérale peut radier un affidavit, en l'espèce l'affidavit de réclamation produit à l'appui des réclamations de la masse des créanciers du propriétaire failli. La masse des créanciers est représentée par un syndic. Le mot «syndic» désigne à mon sens simplement la personne chargée de représenter la Gryf Deep Sea Fishing Company et de s'occuper de ses affaires. Bref, le syndic, au sens où ce terme est employé ici, est un fiduciaire plutôt qu'une personne dotée de pouvoirs judiciaires.

[5] Il faut ensuite examiner les moyens invoqués par la SK Shipping Co. Ltd. (la SK Shipping) dans sa requête en radiation de l'affidavit, à savoir:

1. L'affidavit de réclamation du syndic n'est pas rédigé à la première personne, contrairement à ce qu'exige l'article 80 des Règles et il ne se limite pas aux faits dont le déclarant avait une connaissance personnelle ou à ce que le déclarant croyait être les faits, contrairement à ce qu'exige l'article 81;
2. Aucun élément de preuve n'est invoqué à l'appui de l'affidavit de réclamation du syndic, ce qui aura pour effet de retarder l'instruction équitable de la présente action et de causer un préjudice aux autres créanciers;

3. The affidavit of claim of the Syndic does not set out an *in rem* claim;
4. The Federal Court is without jurisdiction to hear a claim in bankruptcy;
5. The affidavit of claim and the actions of the Syndic are an abuse of the process of this Court.

SK Shipping, among other rules, relies upon paragraphs 221(1)(b), (c), (d) and (f) [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]. More specifically, the affidavit is said to be immaterial, scandalous, frivolous or vexatious, that it may prejudice or delay a fair trial and that both the affidavit of claim and the tactics employed by the syndic are an abuse of the process of the Court.

Striking out an Affidavit

[6] Generally, affidavits ought not to be struck out at a preliminary stage. For the sake of efficiency, impugned affidavits should be left for the trial judge, who may be in a better position to assess and weigh that evidence. However, there are exceptions to this general observation, exceptions which involve special circumstance, including where an affidavit is abusive, or is clearly irrelevant, or where the Court is convinced that admissibility should be resolved at an early stage, so that the ultimate hearing might proceed in an orderly manner, or where there is conjecture, speculation or legal opinion in the affidavit. This is set out, together with some of the case authority, in the *Bank of Scotland v. Nel (The)*, a decision of 19 October 1998 in action T-2416-97 [[1998] F.C.J. No. 1499 (T.D.) (QL)], at paragraph 3:

The present proceeding, a determination of *in rem* priorities by motion and on affidavit material, is summary in nature. To maintain the efficiency of such proceedings parties ought not, generally, to be permitted to strike out each other's affidavits. The exceptions to this generalization are where an affidavit is abusive or clearly irrelevant, or where a party has obtained leave to admit evidence which proves to be obviously inadmissible, or where the court is convinced that admissibility should be resolved at an early date so the eventual hearing may proceed in an orderly manner: see for example *Home Juice Company v. Orange Maison Ltd.*, [1968] 1 Ex.C.R. 163 at 166 (President Jackette [*sic*]) and *Unitel Communications Co. v.*

3. L'affidavit de réclamation du syndic ne fait pas état d'une créance réelle;
4. La Cour fédérale n'a pas compétence pour se prononcer sur une réclamation en matière de faillite;
5. L'affidavit de réclamation et les agissements du syndic constituent un abus de procédure.

La SK Shipping invoque notamment les alinéas 221(1)(b), (c), (d) et (f) des Règles [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Plus précisément, elle soutient que l'affidavit n'est pas pertinent, qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire, qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder et que l'affidavit de réclamation et les tactiques utilisées par le syndic constituent un abus de procédure.

Radiation d'affidavits

[6] En règle générale, le tribunal ne devrait pas radier un affidavit d'entrée de cause. Pour des raisons d'efficacité, il convient de laisser le soin de se prononcer sur un affidavit contesté au juge du fond, qui est mieux placé pour apprécier et évaluer ce type de preuve. Cette règle générale souffre toutefois une exception dans certaines circonstances particulières, notamment lorsque l'affidavit est abusif ou est manifestement dénué de pertinence ou lorsque le tribunal est convaincu que la question de son admissibilité devrait être tranchée dès le début de l'instance, de manière à ce que l'instruction se déroule dans l'ordre ou encore lorsque l'affidavit repose sur des conjectures, des spéculations ou sur une opinion juridique. C'est ce que notre Cour a précisé, en s'appuyant sur quelques précédents, dans le jugement *Bank of Scotland c. Nel (Le)*, décision rendue le 19 octobre 1998 dans l'action T-2416-97 [[1998] A.C.F. n° 1499 (1^{re} inst.) (QL)], au paragraphe 3:

La présente instance, qui porte sur la détermination de l'ordre de priorité des créances *in rem* dans le cadre d'une requête sur le fondement d'affidavits, constitue une procédure sommaire. Pour garantir l'efficacité de ce type de procédure, on ne devrait pas, en règle générale, permettre aux parties de radier réciproquement leurs affidavits. Cette règle générale comporte une exception dans le cas où un affidavit est abusif ou est manifestement dénué de pertinence, ou encore lorsqu'une partie a obtenu l'autorisation d'admettre un élément de preuve qui s'avère de toute évidence inadmissible, ou encore lorsque le tribunal est convaincu que la question de l'admissibilité devrait être tranchée dès le départ de manière à ce que

MCI Communications Corporation (1997), 119 F.T.R. 142. In the latter Mr. Justice Richard, as he then was, observed that the trial judge would be in a better position to assess the weight and admissibility of such affidavit material (pages 143 and 145). Of course, conjecture, speculation and legal opinion have no place in an affidavit

On this basis and keeping in mind rule 221, SK Shipping must convince me that the syndic's affidavit is abusive, or clearly irrelevant, in the sense of being immaterial or vexatious, or is an abuse in the sense of prejudicing or delaying an orderly and fair hearing of the priorities determination, or contains elements which have no place in an affidavit. The burden on SK Shipping is to establish that it is plain, obvious and beyond doubt that the syndic's claim to the sale proceeds, or indeed to any part of them, cannot succeed. This is a heavy burden.

The Affidavit

[7] Much of the affidavit of 9 July 2001, which is in the form of a notarial deed, is taken up with formalities, including an identification of Mr. Kucharuk, the syndic, and a memorandum of the notarial fees. The document's only substance is a short statement apparently given by the syndic to the notary public, which is then set out by the notary in the third person:

1. Michal Kucharuk, Attorney at Law, states as the Syndic of the Estate in Bankruptcy (the Trustee) of Deep Sea Fishing Company, "GRYF", the State owned company in Szczecin that in accordance with the Polish Bankruptcy Law he acts as the Judicial Body of universal execution on behalf and in interest of all the creditors. Thus, all the proceeds obtained from selling any elements of the bankrupted debtor estate should be added to the funds of the estate in bankruptcy.

He states that he lays, on behalf of all the creditors, the claim in amount of PLN 75.346.746,50 (seventy five million and three hundred forty six thousand and seven hundred forty six Polish zloty and 50/100 PLN), having—in accordance with the Polish Bank exchange rate of 6th July 2001—equivalent value of USD 18.416.783,95 (eighteen million and four

l'éventuelle audience se déroule dans l'ordre: voir, par exemple, les jugements *Home Juice Company v. Orange Maison Ltd.*, [1968] 1 R.C. de l'Éch. 163, à la page 166 (le président Jackett) et *Unitel Communications Co. c. MCI Communications Corporation* (1997), 119 F.T.R. 142. Dans ce dernier jugement, le juge Richard a fait remarquer que le juge de première instance est mieux placé pour apprécier la valeur et l'admissibilité de ce genre d'affidavit (aux pages 143 et 145). Bien sûr, les conjectures, les spéculations et les opinions juridiques n'ont pas leur place dans un affidavit [. . .]

Pour ces motifs et compte tenu de la règle 221, la SK Shipping doit me convaincre que l'affidavit du syndic est abusif ou est manifestement dénué de pertinence, en ce sens qu'il n'est pas pertinent ou qu'il est vexatoire, ou qu'il constitue un abus de procédure, parce qu'il risque de nuire à la détermination équitable et ordonnée de l'ordre de priorité des créanciers ou de la retarder ou encore qu'il renferme des éléments qui n'ont pas leur place dans un affidavit. C'est à la SK Shipping qu'il incombe de démontrer qu'il est clair, évident et incontestable que le syndic n'a droit à aucune partie du produit de la vente. Il s'agit là d'un lourd fardeau.

L'affidavit

[7] Une grande partie de l'affidavit du 9 juillet 2001, qui a été rédigé sous forme d'acte notarié, est consacré à l'accomplissement de certaines formalités et plus particulièrement à l'identification du syndic, M^e Kucharuk, et au mémoire des honoraires du notaire. Le seul élément de fond qu'on y trouve est une brève déclaration que le syndic aurait faite devant le notaire et que ce dernier relate à la troisième personne:

[TRADUCTION]

1. M^e Michal Kucharuk, avocat, déclare, en sa qualité de syndic de la faillite de la Deep Sea Fishing Company (GRYF), une entreprise publique de Szczecin, que, conformément à la loi polonaise sur les faillites, il agit comme représentant légal de la masse des créanciers et qu'il est chargé de liquider les biens du failli. Ainsi, le produit de la vente de tout élément de l'actif du failli doit être rapporté à la masse de la faillite.

Il affirme qu'il a produit, au nom de la masse des créanciers, une créance de 75.346.746,50 PLZ (soixante-quinze millions trois cent quarante-six mille sept cent quarante-six zlotys polonais et cinquante) qui équivaut—selon le taux de change de la Banque nationale de Pologne en vigueur le 6 juillet 2001—à la somme de 18.416.783,95 \$US

hundred sixteen thousand seven hundred eighty three US Dollars and 95/100 USD) and he tables a motion of remitting all the amounts, up to the amount obtained from the buyers offering purchase of the vessels: M/t "AQUARIUS", M/t "ADMIRAL ARCISZEWSKI", M/t "SAGRAN", arrested in Port of NORTH VANCOUVER, into the bank account: Portis Bank Polska S.A. O/Szczecin Account No.: 16001260-4090-270238-021. He states that in accordance with an earlier advertisement in "Lloyd's List" and cautions addressed to the Federal Court in Vancouver and to the appointed by this Court Acting Sheriff as well, Mr. Kucharuk proceeding with distribution of the aforesaid amounts not within the bankruptcy proceedings is unlawful.

[8] As I say, the affidavit is in the third person. However, it is also a bare statement by the syndic, some of it opinion and even legal opinion, with neither documentary verification of the amounts claimed, nor identification of the creditors, nor identification of the sources of the information which, at best, must be at least third-hand hearsay. Interestingly, the syndic claims on behalf of all creditors: this would seem to ignore the fact that there are a number of creditors, including Polish creditors, who have made claim by themselves in the Federal Court, at least one group of which, the officers and crew members who claim maritime liens, seem to have ignored the Polish proceedings entirely.

[9] I now turn to the grounds for the motion upon which SK Shipping relies. It is unfortunate both that the material which the syndic has sent to the Court and to the parties by facsimile is irrelevant in that it does not meet the points raised in the motion record of SK Shipping and that the syndic, who has gone through either two or three lawyers here in Canada, did not see fit to appoint counsel or at least get some professional advice, for the syndic may, as Mr. Justice Rouleau suggested in his 18 October 2001 order, end up without any standing before the Court and indeed, as I have found, without any claim.

Form of the Affidavit

[10] Under this subheading I will consider whether the affidavit, in the third person and not prepared on either information or belief supported by evidence and indeed,

(dix huit millions quatre cent seize mille sept cent quatre-vingt-trois et quatre-vingt-quinze cents) et il présente une requête en vue d'obtenir que toutes les sommes payées par ceux qui ont offert d'acheter les navires M/t «AQUARIUS», M/t «ADMIRAL ARCISZEWSKI», M/t «SAGRAN», qui ont fait l'objet d'une saisie-arrêt au port de NORTH VANCOUVER, soient déposées dans le compte de banque suivant: Portis Bank Polska S.A. O/Szczecin, compte n° 16001260-4090-270238-021. Il affirme qu'en conformité avec un avis déjà paru dans le «registre de Lloyd» et de mises en garde adressées à la Cour fédérale, à Vancouver, ainsi qu'au shérif par intérim désigné par la Cour, il serait illicite de la part de M^e Kucharuk de procéder au partage des sommes susmentionnées en dehors du cadre de la procédure de faillite.

[8] Ainsi que je l'ai déjà précisé, l'affidavit est rédigé à la troisième personne. Il constitue cependant aussi une simple affirmation du syndic, qui exprime son opinion et même des avis juridiques, sans justifier par des écrits les sommes réclamées, sans identifier les créanciers et sans préciser la provenance des renseignements qui peuvent au mieux être qualifiés de ouï-dire indirect. Fait important à signaler, le syndic réclame au nom de tous les créanciers, ignorant ainsi selon toute vraisemblance le fait que plusieurs créanciers, dont un certain nombre de créanciers polonais, ont produit leur propre créance à la Cour fédérale et qu'au moins un groupe d'entre eux—les officiers et membres d'équipage qui revendiquent des privilèges maritimes—semblent n'avoir tenu aucun compte de l'instance polonaise.

[9] Je passe maintenant aux moyens invoqués par la SK Shipping au soutien de sa requête. Il est malheureux que les pièces que le syndic a fait parvenir à la Cour et aux parties par télécopieur ne soient pas pertinentes, étant donné qu'elles ne répondent pas aux points soulevés dans le dossier de requête de la SK Shipping et que le syndic, qui a recouru aux services de deux ou trois avocats ici au Canada, n'a pas jugé à propos de désigner un avocat ou du moins de consulter un professionnel, puisqu'ainsi que le juge Rouleau l'a laissé entendre dans sa décision du 18 octobre 2001, le syndic risque de se retrouver sans qualité pour agir devant la Cour et, ainsi que je l'ai jugé, sans réclamation.

Forme de l'affidavit

[10] Sous cette rubrique, je vais me demander s'il y a lieu d'admettre l'affidavit, qui est rédigé à la troisième personne et qui ne relate pas de faits dont le déclarant a

without any supporting evidence, ought to be accepted. I will also consider whether, because of these shortcomings, the affidavit will delay a fair trial, to the prejudice of the other claimants who have made the effort to produce affidavits, which contain the necessary evidence, in a more conventional form.

[11] The Rules relied upon by counsel for SK Shipping are subsections 80(1) and 81(1), however I also believe that subsection 81(2) comes into play:

80. (1) Affidavits shall be drawn in the first person, in Form 80.

...

81. (1) Affidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent, except on motions in which statements as to the deponent's belief, with the grounds therefor, may be included.

(2) Where an affidavit is made on belief, an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts.

The reference to Form 80 is to the general format for an affidavit which is set out following the *Federal Court Rules, 1998* themselves.

[12] In the present instance there is the difficulty that affidavits in Poland are apparently not in the first person, but done as a notarial deed, the notary setting out what he or she has been told and then swearing to that himself or herself. There are older cases in which English courts have accepted affidavits made in the third person, where that was customary in the country of origin and returning the affidavits to have them re-sworn was unreasonable: see for example *Blamey v. Blamey*, [1902] W.N. 138 and *Re Husband* (1865), 12 L.T. 303. However this certainly puts the other side at a disadvantage, for there is no one, with any real knowledge, to cross-examine. The syndic submitted, at some point, that it was not possible to swear an affidavit in Poland other than in the form of a notarial deed. Mr. Justice Cattnach, in *Kemanord AB v. PPG Industries, Inc. et al.* (1980), 49 C.P.R. (2nd) 29

une connaissance personnelle et ne contient pas de déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits et qui ne repose d'ailleurs sur aucun élément de preuve. Je vais également me pencher sur la question de savoir, si à cause de ces lacunes, l'affidavit retardera l'instruction équitable de l'action et nuira aux autres créanciers qui ont pris la peine de produire, sous une forme plus conventionnelle, des affidavits qui renferment les éléments de preuve nécessaires.

[11] Les dispositions des Règles sur lesquelles se fonde l'avocat de la SK Shipping sont les paragraphes 80(1) et 81(1). Je crois toutefois que le paragraphe 81(2) entre également en jeu:

80. (1) Les affidavits sont rédigés à la première personne et sont établis selon la formule 80.

[. . .]

81. (1) Les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui.

(2) Lorsqu'un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables.

La formule 80 dont il est question est le modèle général d'affidavit qui est proposé à la suite des *Règles de la Cour fédérale (1998)* elles-mêmes.

[12] En l'espèce, un des problèmes réside dans le fait qu'en Pologne, les affidavits ne sont vraisemblablement pas rédigés à la première personne, mais qu'ils sont plutôt faits sous forme d'actes notariés dans lesquels le notaire relate ce qu'on lui a dit et en certifie lui-même l'authenticité. Il existe une jurisprudence plus ancienne dans laquelle les tribunaux anglais acceptaient les affidavits rédigés à la troisième personne, lorsque c'était la coutume dans le pays d'origine et jugeaient déraisonnable le fait de refuser un affidavit et d'exiger que son auteur en souscrive un autre (voir, par exemple, les décisions *Blamey v. Blamey*, [1902] W.N. 138 et *Re Husband* (1865), 12 L.T. 303). Cette façon de procéder désavantage incontestablement la partie adverse, puisqu'elle ne peut alors contre-interroger aucune personne ayant eu véritablement connaissance des faits.

(F.C.T.D.) suggests a simple and sensible approach to having affidavits sworn outside of Canada: such an affidavit may, through the use of a combination of rules, be sworn before a foreign notary public. This approach would avoid having to locate an appropriate diplomatic or consular officer or other Canadian official as specified in sections 49 and 50 [as am. by S.C. 1990, c. 18, s. 90] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5].

[13] Subsection 80(1) of the Rules makes it clear that an affidavit must be in the first person, a rule clearly breached by the syndic's affidavit. Mr. Justice Collier, in *Nissho Iwai Corp. v. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 134 (F.C.T.D.), at page 139 dealt with an affidavit which was not drawn in the first person. He pointed out that cross-examination on that affidavit would likely have been relatively unproductive and that, in his view, it detracted from the weight to be given to the affidavit evidence.

[14] Turning to subsection 81(1) of the Rules, which allows affidavits, upon motions, to be sworn on the grounds of information and belief, with the grounds included, the syndic's affidavit is clearly in breach. Moreover, the failure on the part of the syndic to provide the best evidence, that is, his own affidavit, or the affidavits of the actual claimants, goes to the weight to be accorded to the affidavit: see for example *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360 (C.A.). In *Lumonics*, Mr. Justice Pratte declined to find an affidavit, sworn on rather tenuous information and belief, to be inadmissible. Rather, he felt it might have little or no weight or probative value. This is consistent with *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.), in which Mr. Justice Hugessen noted, on the basis of the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, that the categorical approach to hearsay has given way to admissibility on a principled basis, that is, the reliability of the evidence and its

Le syndic a fait valoir, au cours de l'instance, qu'il n'était pas possible, en Pologne, de souscrire un affidavit autrement que sous forme d'acte notarié. Dans le jugement *Kemanord AB c. PPG Industries Inc. et al.* (1980), 49 C.P.R. (2nd) 29 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Cattanach suggère une méthode simple et logique pour faire signer un affidavit à l'extérieur du Canada. Il est en effet possible, par le jeu d'une combinaison de règles, d'autoriser un notaire public étranger à recevoir un tel affidavit. Cette façon de faire permet d'éviter de se mettre à la recherche d'un agent diplomatique ou d'un représentant consulaire ou d'un autre fonctionnaire canadien compétent comme le précisent les articles 49 et 50 [mod. par L.C. 1990, ch. 18, art. 90] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5].

[13] Le paragraphe 80(1) des Règles précise bien que les affidavits doivent être rédigés à la première personne. Or, l'affidavit du syndic ne respecte de toute évidence pas cette règle. Dans le jugement *Nissho Iwai Corp. c. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 134 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 139, le juge Collier examinait un affidavit qui n'avait pas été rédigé à la première personne. Il a souligné que le contre-interrogatoire de l'auteur de cet affidavit aurait probablement été relativement inutile et qu'à son avis, il aurait affaibli la valeur à accorder à la preuve par affidavit.

[14] L'affidavit du syndic ne respecte par ailleurs manifestement pas non plus le paragraphe 81(1) des Règles, qui permet au déclarant qui souscrit un affidavit à l'appui d'une requête de faire des déclarations fondées sur ce qu'il croit être les faits, avec motifs à l'appui. Qui plus est, le défaut du syndic de fournir la meilleure preuve, c'est-à-dire son propre affidavit ou celui des créanciers, a une incidence sur le poids à accorder à l'affidavit (voir, par exemple l'arrêt *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.)). Dans l'arrêt *Lumonics*, le juge Pratte a refusé de déclarer inadmissible un affidavit qui reposait sur des renseignements plutôt ténus que le déclarant tenait pour véridiques. Il a plutôt estimé que cet affidavit serait susceptible d'avoir peu ou pas de poids ou de valeur probante. Cette façon de voir s'accorde avec l'arrêt *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.), dans lequel le juge Hugessen a signalé, en se fondant sur l'arrêt *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915

necessity (page 933 of *Smith*). The Supreme Court of Canada in *Smith* went on to point out that necessity and reliability being determined, an inability to test the evidence by cross-examination goes not to admissibility, but rather to weight: page 935. In the present instance it would appear that a judge might, despite some of the questionable evidence, legal opinions and abusive comments, attributed to the syndic, determine that there was some residual reliability in the affidavit. The matter of necessity would be much more difficult to establish. However it is certain that the affidavit would be given little weight and all the more so because the claims are neither explained, nor identified, nor documented with exhibits, and indeed, were the affidavit accepted, it would clearly invoke the adverse inference referred to in subsection 81(2) of the Rules by reason of its third-hand approach. However, this aspect requires further consideration.

[15] That there is no documentary evidence supporting the syndic's claim to the sale proceeds is surprising, for it prevents the Federal Court claimants from knowing the identity of the creditors whom syndic purports to represent, or whether the debts are with respect to the trawlers, the extent, if any, of the duplication between Federal Court claimants and claimants in the bankruptcy proceedings and whether the debts claimed by the syndic are valid and properly admissible.

[16] All of this in turn could well deprive a Federal Court claimant from any real cross-examination of the creditors, for there is no indication of who should be examined and nothing to indicate whether that person even ought to be examined. The principle which has recently been applied by the Federal Court is that irregularity will not result in an affidavit being struck out unless the moving party can show prejudice: see for example *Sawridge Band v. Canada*, reasons dated 10

de la Cour suprême du Canada, que l'ancienne conception de l'admission de la preuve par ouï-dire, qui était fondée sur des catégories d'exceptions, avait été remplacée par une théorie de l'admission de la preuve par ouï-dire fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité (à la page 933 de l'arrêt *Smith*). Dans l'arrêt *Smith*, la Cour suprême du Canada a poursuivi en précisant que, lorsque les critères de nécessité et de fiabilité sont respectés, l'absence de vérification par contre-interrogatoire touche à la valeur probante et non à l'admissibilité (à la page 935). En l'espèce, il semble qu'un juge pourrait, malgré l'existence de certains éléments de preuve et opinions juridiques contestables et de quelques propos abusifs, accorder une relative fiabilité à l'affidavit. Il serait beaucoup plus difficile de satisfaire au critère de nécessité. Il n'en demeure pas moins que l'affidavit se verrait accorder peu de poids, d'autant plus que les créances ne sont ni expliquées, ni identifiées, ni documentées au moyen de pièces à l'appui. D'ailleurs, si l'affidavit était admis en preuve, il donnerait de toute évidence lieu aux conclusions défavorables dont il est question au paragraphe 81(2) des Règles en raison de son caractère dérivé. Cet aspect commande toutefois un examen plus poussé.

[15] Il est étonnant qu'aucune preuve documentaire n'ait été produite à l'appui de la créance produite par le syndic à l'égard du produit de la vente, car ceux qui réclament devant la Cour fédérale sont ainsi empêchés de connaître l'identité des créanciers que le syndic est censé représenter ou de savoir si les créances visent les chalutiers, l'ampleur, s'il en est, du chevauchement entre ceux qui réclament devant la Cour fédérale et les créanciers dans la procédure de faillite et de savoir si les créances dont le syndic poursuit le recouvrement sont valables et régulièrement admissibles.

[16] Il s'ensuit également que ceux qui ont présenté une réclamation devant la Cour fédérale seraient de ce fait privés de la possibilité de procéder à un véritable contre-interrogatoire des créanciers, car il est impossible de savoir qui devrait être interrogé ou même si une personne déterminée devrait subir un interrogatoire. Le principe qui a récemment été appliqué par la Cour fédérale est qu'une irrégularité n'entraîne la radiation d'un affidavit que si le requérant réussit à démontrer

February 2000 in Court file numbers T-66-86A and T-66-86B, in a decision of Mr. Justice Hugessen [[2000] F.C.J. No. 192 (T.D.) (QL)]. In *Sawridge* the affidavit at issue was clearly improper, however a saving grace was that almost all of the improprieties in the affidavit were proper argument. Mr. Justice Hugessen observed (at paragraph 6):

... I have not been persuaded that the affidavit should be struck. In my view, in a sane modern procedure, irregularities in proceedings should not be made subject of motions and should not require the Court to give orders striking out or correcting such irregularities unless the party attacking the irregularity can show that it suffered some sort of prejudice as a result thereof.

In the present instance the very essence of affidavits of claim in a ship sale proceeding is to set out the nature of the claim so that it may be fitted into the long-established framework of *in rem* priorities and, where necessary, the claim be subjected to rigorous cross-examination. Merely to lay claim to some eighteen million dollars (US), "on behalf of all creditors", without identifying the creditors or the nature of their claims in order to establish *in rem* priorities and to indicate whether cross-examination might be called for, may well be prejudicial to those who claim only in the Federal Court and it is particularly prejudicial to the secured *in rem* claimants who have apparent maritime liens and mortgages. Yet the syndic's affidavit is patently of so little substance and weight that I do not see, in this instance, how any real prejudice, as called for in *Sawridge*, might arise.

[17] In summary, while the affidavit is very irregular and contains many deficiencies, there is no real prejudice and thus, even such a light weight affidavit ought not to be struck out for those shortcomings alone.

qu'elle lui a causé un préjudice (voir, par exemple, le jugement *Bande de Sawridge c. Canada*, motifs rendus le 10 février 2000 par le juge Hugessen dans les dossiers n^{os} T-66-86A et T-66-86B [[2000] A.C.F. n^o 192 (1^{re} inst.) (QL)]). Dans l'affaire *Sawridge*, l'affidavit en litige était manifestement irrégulier, mais il était racheté par le fait que la presque totalité des irrégularités dont l'affidavit était entaché constituaient des arguments bien fondés. Le juge Hugessen a fait remarquer ce qui suit (au paragraphe 6):

[...] je ne suis pas convaincu que cet affidavit doit être radié. Selon moi, dans une procédure moderne saine, les irrégularités dans les actes de procédure ne doivent pas faire l'objet d'une requête et ne doivent pas commander que la Cour prononce des ordonnances radiant ou corrigeant de telles irrégularités à moins que la partie qui soulève l'irrégularité puisse démontrer qu'elle lui cause un préjudice quelconque.

En l'espèce, l'essence même des affidavits de réclamation dans le cas d'une procédure de vente d'un navire est d'exposer la nature de la réclamation de manière à ce qu'elle entre dans le cadre établi depuis longtemps de l'ordre de priorité des créances réelles et que la personne qui réclame fasse au besoin l'objet d'un contre-interrogatoire serré. Le fait de se contenter de revendiquer une somme de quelque dix-huit millions de dollars (US), «au nom de la masse des créanciers», sans identifier les créanciers en question, sans préciser la nature de leur créance de manière à établir l'ordre de priorité des créances réelles et sans indiquer s'il y a lieu de procéder à un contre-interrogatoire risque fort de causer un préjudice à ceux qui ne réclament que devant la Cour fédérale et cause particulièrement un préjudice aux créanciers réels garantis qui semblent détenir des privilèges et des hypothèques maritimes. Pourtant, l'affidavit du syndic a si peu de contenu et de poids que je ne vois pas comment, dans le cas qui nous occupe, il serait possible de conclure à l'existence d'un véritable préjudice comme celui dont il était question dans le jugement *Sawridge*.

[17] En résumé, bien que l'affidavit soit entaché de nombreuses irrégularités et qu'il renferme beaucoup de lacunes, aucun préjudice véritable n'est causé et il n'y a pas lieu de radier un affidavit qui a si peu de poids en raison de ces seules imperfections.

Claim not In Rem

[18] Counsel for SK Shipping submits that only claims with respect to the *res* ought to be permitted in a priorities proceeding. Here counsel refers to a 24 April 2001 order in this action directing that *in rem* creditors and mortgagees must file their claims by way of affidavit in the Federal Court. Counsel also, by way of further anecdotal authority on this aspect, observes that the holder of an *in personam* claim in *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [2001] 1 F.C. 408 (T.D.), at pages 461-462, was unable to succeed.

[19] There is substance in the argument that since the syndic does not allege that any of the debts are *in rem*, or even that the debts are in relation to the subject trawlers themselves, that the claim ought not to be permitted at a priorities hearing. However there are other aspects to consider. Here I would note that the admiralty jurisdiction of the Federal Court may, by section 22 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82)], be exercised between subject and subject, as well as *in rem* pursuant to section 43 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12; 1996, c. 31, s. 83] of the Act. In *The Nel (supra)* there were no surplus funds, after payment of the balance of the sale proceeds to the mortgagee, which might have gone to those with merely statutory rights *in rem*. However, had those statutory rights *in rem* been satisfied, and had the owner appeared *in personam*, any balance, might well have been claimed by those who merely had *in personam* claims.

[20] At this point one must also keep in mind the relationship between *in personam* and *in rem* proceedings in Canada, with the latter being firmly founded on the *in personam* liability of the owner. Yet in the present proceeding there seems to have been no service on the owner of the trawlers, nor has the owner appeared and for good reason. We are left with a pure *in rem* proceeding, but there is no *in rem* facet to the syndic's affidavit of claim. This is no mere procedural difficulty, for the difference between the apparent *in*

Créances autres que les créances réelles

[18] L'avocat de la SK Shipping soutient que seules les créances qui portent sur la chose sont admissibles dans le cadre d'une instance portant sur l'ordre de priorité des créanciers. Dans le cas qui nous occupe, l'avocat cite l'ordonnance qui a été prononcée dans la présente action le 24 avril 2001 et par laquelle la Cour a ordonné aux créanciers réels et aux créanciers hypothécaires de produire leurs créances sous forme d'affidavits. À titre anecdotique, l'avocat fait par ailleurs observer que, dans l'affaire *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [2001] 1 C.F. 408 (1^{re} inst.), aux pages 461 et 462, le titulaire d'une créance personnelle n'avait pas réussi à se faire payer.

[19] L'argument que, comme le syndic ne prétend pas que les créances sont des créances réelles ou même qu'elles se rapportent aux chalutiers eux-mêmes, la créance ne devrait pas être admise lors de l'instruction portant sur l'établissement de l'ordre de priorité n'est pas sans fondement. Il y a toutefois d'autres aspects dont il faut tenir compte. Je tiens ici à souligner que la Cour fédérale a compétence en matière personnelle, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 82)], de même qu'en matière réelle, aux termes de l'article 43 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12; 1996, ch. 31, art. 83] de la même Loi. Dans l'affaire *Le Nel* (précitée), il ne restait plus, après le paiement du solde du produit de la vente au créancier hypothécaire, de fonds excédentaire qui aurait pu servir à désintéresser les créanciers qui ne pouvaient faire valoir que des droits réels en vertu de la loi. Toutefois, si ces créanciers avaient été désintéressés et si le propriétaire du navire avait comparu *in personam*, le solde aurait pu être revendiqué par les créanciers qui ne possédaient que des créances personnelles.

[20] Il faut également tenir compte des rapports qui existent au Canada entre une action personnelle et une action réelle et du fait que cette dernière repose fermement sur la responsabilité personnelle du propriétaire. Pourtant, dans la présente instance, il semble que le propriétaire des chalutiers n'ait reçu signification d'aucun acte de procédure et qu'il n'ait pas comparu et ce, avec raison. Il ne subsiste donc qu'une action réelle, mais l'affidavit de réclamation du syndic ne comporte aucun aspect réel. Il ne s'agit pas là d'un

personam claim which the syndic makes by affidavit, and the *in rem* required in order to partake in the sale proceeds, is a matter of substance: see, for example, *Mecca, City of* (1881), 6 P.D. 106 (C.A.).

[21] The *City of Mecca* highlights the importance of differentiating between *in rem* and *in personam* proceedings. There the plaintiffs obtained an *in personam* judgment in Lisbon against the master and owners of the ship, which they then sought to enforce *in rem* in England. The Court of Appeal set aside the proceedings in England, noting the importance that proceedings clearly differentiate between *in rem* and *in personam* causes of action. Jessel M.R., after observing that the proceeding to sell the vessel in England had an *in personam* base, asked “what is there to argue?” (page 112), but then went on to observe that the Portuguese *in personam* proceeding and judgment had no effect on the ship whatsoever. Lush J., who was also on the panel, wrote reasons, a portion of which are quoted from time to time. He observed that it was most important that proceedings involving the sale of a ship show, on their face, not only the reasons for the claim and sale, but also that the claim is not merely *in personam* against the owners. A portion of his reasons, at page 116, is worth setting out:

It is part of the law of nations that Courts of Admiralty in different countries have the power to condemn vessels and order them to be sold for the satisfaction of a maritime lien. Maritime liens are recognised by all civilized nations, and damage by collision is classed among those things which create a maritime lien; and had this been a judgment in rem, that is to say a judgment condemning the ship and ordering the ship to be sold in order to satisfy the maritime lien, that judgment would have been recognised in this country and every other civilized country. But it is most important that proceedings under which the sale of another vessel takes place should shew on the face of them the authority why that property is to be diverted from the owner; because the

simple problème de procédure, car la différence entre ce qui semble être une créance personnelle produite par le syndic au moyen d'un affidavit et la créance réelle qu'il doit produire pour pouvoir participer au partage du produit de la vente est une question de fond (voir, par exemple, l'arrêt *Mecca, City of* (1881), 6 P.D. 106 (C.A.)).

[21] L'affaire *City of Mecca* fait ressortir l'importance d'établir une distinction entre les actions réelles et les actions personnelles. Dans cette affaire, les demandeurs avaient obtenu à Lisbonne un jugement personnel contre le capitaine et les propriétaires du navire et ils cherchaient à faire exécuter ce jugement à Londres à titre de jugement réel. La Cour d'appel a déclaré irrecevable l'instance introduite en Angleterre en soulignant qu'il importe que celui qui introduit une instance établisse une nette distinction entre un droit d'action réel et un droit d'action personnel. Après avoir fait observer que l'instance visant à vendre le navire en Angleterre avait un fondement personnel, le maître des rôles Jessel s'est demandé sur quoi pouvait bien porter le débat (à la page 112), mais a poursuivi en signalant que l'instance et le jugement personnels portugais n'avaient aucune incidence sur le navire. Le juge Lush, qui faisait également partie de la formation de jugement, a rédigé des motifs dont certains passages sont parfois cités. Il a fait remarquer qu'il est très important que toute instance portant sur la vente d'un navire indique, à priori, non seulement les motifs justifiant la créance et la vente, mais qu'elle précise également qu'il ne s'agit pas simplement d'une réclamation personnelle contre les propriétaires du navire. Il vaut la peine de reproduire l'extrait suivant de ses motifs, que l'on trouve à la page 116:

[TRADUCTION] Le droit des nations prévoit que les tribunaux d'amirauté de divers pays ont le pouvoir de saisir des navires et d'en ordonner la vente pour faire droit à la réclamation du titulaire d'un privilège maritime. Les privilèges maritimes sont reconnus par tous les pays civilisés et les dommages d'abordage sont classés parmi les faits qui donnent lieu à la création d'un privilège maritime. Si le présent jugement avait été un jugement réel, c'est-à-dire un jugement portant saisie du navire et ordonnant qu'il soit vendu pour désintéresser le titulaire du privilège maritime, ce jugement aurait été reconnu dans notre pays et dans tout autre pays civilisé. Mais il importe surtout que l'instance dans le cadre de laquelle la vente d'un autre navire est effectuée indique à priori les raisons pour

purchaser's title is recognised by all nations, and the title depends on the circumstances under which the sale takes place. Therefore it is important that the judgment should shew on the face of it that the proceedings against the vessel are not merely against the owners as such, or the captain, but that the proceedings had in contemplation the ultimate sale of the ship and a judgment ordering the ship to be sold; and if this does not appear on the face of the proceedings then the title of the purchaser has nothing to support it. It is not a mere matter of form but a matter of substance that the decree under which the sale is attempted to be justified should be shewn on the face of the proceedings.

[22] In the present proceeding, there is nothing on the face of the syndic's affidavit of claim to indicate an *in rem* aspect, or any link to the ships. This, as Lush J. notes, goes beyond a mere procedural difficulty. That the syndic may have, as trustee in bankruptcy, an apparent *in personam* claim, is completely irrelevant. The syndic's claim, as presented, has no effect on the trawlers or on their sale proceeds.

[23] Of interest here is *Ultramar Can. Inc. v. Pierson SS Ltd.* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 9 (F.C.T.D.), a proceeding both *in rem* and *in personam*, during which proceeding the Canadian defendant owners filed for bankruptcy. The statements of claim appeared to set out reasonable *in rem* causes of action within the jurisdiction of the Federal Court. The trustee in bankruptcy moved to cancel the various statements of claim and arrest warrants with a view to having the vessels released to the trustee. While Mr. Justice Mahoney was prepared to release the ships, it was only on condition that the trustee deposit funds in court to completely secure those creditors who were secured by their maritime liens against the vessels.

[24] As I read the *Ultramar* case it did not constitute participation by the trustee in bankruptcy in an *in rem* action, but merely the trustee acting, as could any owner, to post bail in order to obtain release of arrested ships.

lesquelles son propriétaire doit en être dépossédé et ce, parce que le titre de propriété de l'acheteur est reconnu par tous les pays et que la validité de son titre de propriété dépend des circonstances entourant la conclusion de la vente. Il importe donc que le jugement indique à première vue que l'instance introduite contre le navire ne vise pas exclusivement les propriétaires ou le capitaine, mais qu'elle a pour objet final la vente du navire et le prononcé d'un jugement en ordonnant la vente. Si l'instance ne comporte pas à première vue ces éléments, le titre de l'acheteur ne repose sur aucun fondement. Le fait que l'instance doive indiquer, à première vue, l'existence d'un jugement justifiant la vente du navire ne constitue pas une simple question de forme, mais bien une question de fond.

[22] En l'espèce, il n'y a rien, au vu de l'affidavit de réclamation du syndic, qui indique l'existence d'un aspect réel ou d'un lien avec les navires. Comme le fait remarquer le juge Lush, il ne s'agit pas là d'un simple problème d'ordre procédural. Le fait que le syndic puisse, en sa qualité de syndic de faillite, faire apparemment valoir un droit de créance personnel, n'a pas la moindre importance. Telle qu'elle est présentée, la réclamation du syndic n'a aucune incidence sur les chalutiers ou le produit de la vente.

[23] Il est intéressant de citer ici l'affaire *Ultramar Can. Inc. c. Pierson SS Ltd.* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 9 (C.F. 1^{re} inst.), une action réelle et personnelle au cours de laquelle les propriétaires canadiens défendeurs avaient fait faillite. Les déclarations semblaient faire état de droits d'action réels raisonnables relevant de la compétence de la Cour fédérale. Le syndic de faillite a présenté une requête en vue de faire annuler les diverses déclarations et mandats de saisie conservatoire en vue de faire ordonner la mainlevée de la saisie et d'obtenir la possession des navires. Le juge Mahoney s'est dit disposé à prononcer la mainlevée de la saisie des navires, mais uniquement à la condition que le syndic consigne au tribunal une somme d'argent déterminée pour garantir le remboursement intégral des créances garanties par des privilèges maritimes sur les navires en question.

[24] Le jugement *Ultramar* ne saurait à mon avis être interprété comme autorisant le syndic de faillite à participer à une action réelle, mais simplement comme lui permettant, au même titre que tout propriétaire, de fournir un cautionnement pour obtenir la mainlevée de la saisie d'un navire.

[25] That the trustee in bankruptcy in *Ultramar* then intended to proceed with his action in the bankruptcy court has no direct relevance here, except that were there sale proceeds in excess of the claims of secured lien on mortgage holders, the syndic ought to have proceeded in the B.C. Supreme Court as the proper jurisdiction for a bankruptcy proceeding, relying upon Part XIII [as enacted by S.C. 1997, c. 12, s. 118] of the *Bankruptcy and Insolvency Act* [R.S.C., 1985, c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2)], as amended.

[26] The syndic's affidavit, which lacks an *in rem* claim, is completely irrelevant. It may, on the basis of *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)* (*supra*), be struck out. Moreover, the claim of the syndic is in bankruptcy, an aspect to which I now turn.

No Jurisdiction to Hear the Affidavit

[27] The affidavit of the syndic does make it clear that the claim is one in bankruptcy. A close consideration of the affidavit does not reveal anything which would bring the claim within the jurisdiction of the Federal Court. While a trustee in bankruptcy may continue the action of a bankrupt (see rule 116 and subsection 237(5)), any proceedings by a trustee in bankruptcy must begin in the superior courts of the relevant province: see section 183 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, chapter B-3 of R.S.C., 1985, as amended [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 10; S.C. 1998, c. 30, s. 14; 1999, c. 3, s. 15; 2001, c. 4, s. 33].

[28] As I have already said, the syndic does not purport to set out a claim *in rem*, or a claim for anything other than a claim in bankruptcy. That being the case the Federal Court, as a statutory court and on the basis of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, has no jurisdiction, for there is no statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. Further, no amendment would assist the syndic. Thus, on this ground, the affidavit is struck out, without leave to amend. To allow it to proceed, through to the priorities hearing itself, would be to allow a clearly and

[25] Le fait que, dans l'affaire *Ultramar*, le syndic de faillite ait ensuite poursuivi ses démarches en saisissant le tribunal de la faillite d'une action n'a pas d'incidence directe sur le cas qui nous occupe, sauf que, comme le produit de la vente était supérieur au montant des réclamations des créanciers privilégiés ou hypothécaires, le syndic aurait dû s'adresser à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui était le tribunal compétent en matière de faillite, selon la partie XIII [édicte par L.C. 1997, ch. 12, art. 118] de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* [L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2)], modifiée.

[26] L'affidavit du syndic, qui ne fait état d'aucune créance réelle, est tout à fait irrégulier. Il est loisible à la Cour, suivant l'arrêt *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)* (précité), de radier cet affidavit. Il convient par ailleurs de signaler que la réclamation du syndic est une réclamation en matière de faillite, un aspect que je vais maintenant aborder.

Absence de compétence pour recevoir l'affidavit

[27] Il ressort à l'évidence de l'affidavit du syndic que sa réclamation est en matière de faillite. Un examen attentif de l'affidavit ne révèle rien qui ferait relever la réclamation de la compétence de la Cour fédérale. Bien que le syndic puisse poursuivre l'action introduite par le failli (voir la règle 116 et le paragraphe 237(5)), toute instance entamée par le syndic doit être introduite devant la cour supérieure de la province en cause (voir l'article 183 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, chapitre B-3 des L.R.C. (1985), modifiée [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 10; L.C. 1998, ch. 30, art. 14; 1999, ch. 3, art. 15; 2001, ch. 4, art. 33]).

[28] Ainsi que je l'ai déjà dit, le syndic ne prétend pas soumettre une créance réelle ou une réclamation autre qu'une réclamation en matière de faillite. Puisqu'il en est ainsi, la Cour fédérale n'a pas compétence, en tant que tribunal créé par la loi et en raison de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766, car le législateur fédéral ne lui a pas attribué une telle compétence en vertu de la loi. Qui plus est, toute modification qui pourrait être apportée à l'affidavit ne serait d'aucune utilité pour le syndic. L'affidavit est donc radié pour ce motif, sans que le syndic soit autorisé

completely irrelevant claim to perpetuate an abuse not only of the Court's procedure, but also of all of the *bona fide* Federal Court claimants.

[29] This outcome should come as no surprise to the syndic, for Mr. Justice Rouleau wrote, in his order of 18 October 2001 that:

It is evident from the correspondence between counsel and the Trustee in Bankruptcy that the latter has failed to follow the advice of his counsel by failing to bring a motion in Supreme Court of British Columbia to have the Trustee recognized as a foreign representative of the Polish bankruptcy proceeding. In light of this deficiency, thought he Trustee has attempted to participate in these proceedings, he cannot be considered a Defendant to this matter and possibly could end up without standing before the Court.

The Affidavit as an Abuse of the Process of the Court

[30] Leaving aside that the affidavit is that of a claimant in bankruptcy and should be struck out as being beyond the jurisdiction of the Federal Court, I should, so that the syndic might know all of what transpired on the hearing of the motion to strike out the affidavit, consider the final ground argued, that of abuse of process.

[31] Counsel for SK Shipping submits that both the affidavit and the conduct of the syndic is an abuse of the Federal Court process and that such abuses are grounds for striking out the affidavit. In considering this aspect I would refer to *The Nel* (*supra*) for authority for striking out an abusive affidavit and for striking out an affidavit which contains conjecture and legal opinion.

[32] In striking out an affidavit as an abuse of process I am particularly aware that I ought to exercise my jurisdiction to strike out with restraint: see for example *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 159 F.T.R. 24 (F.C.T.D.), at page 34. On this principle, I am prepared to strike out portions of

à le modifier. En admettant cet affidavit et en permettant qu'il soit utilisé jusqu'à la tenue de l'audience lors de laquelle l'ordre de priorité des créanciers sera établi reviendrait à permettre à une réclamation qui est de toute évidence totalement dépourvue de pertinence de perpétuer un abus de procédure et à abuser aussi de tous les créanciers de bonne foi qui se sont adressés à la Cour fédérale.

[29] Cette issue ne devait pas étonner le syndic, car le juge Rouleau a écrit ce qui suit, dans son ordonnance du 18 octobre 2001:

[TRADUCTION] Il ressort à l'évidence de la correspondance échangée entre les avocats et le syndic que celui-ci n'a pas suivi le conseil de son avocat en ne soumettant pas à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une requête visant à faire reconnaître le syndic comme représentant étranger aux fins de la procédure de faillite polonaise. Compte tenu de ce défaut, bien qu'il ait tenté de participer à la présente instance, le syndic ne peut être considéré comme un défendeur en l'espèce et risque même de se retrouver sans qualité pour agir devant la Cour.

L'affidavit en tant qu'abus de procédure

[30] Indépendamment du fait que l'auteur de l'affidavit est l'auteur d'une réclamation en matière de faillite et qu'il doit être radié parce qu'il échappe à la compétence de la Cour fédérale, je tiens quand même à examiner le dernier moyen qui a été invoqué, celui de l'abus de procédure, de manière à ce que le syndic soit mis au courant de tout ce qui s'est passé lors de l'audition de la requête en radiation de l'affidavit.

[31] L'avocat de la SK Shipping soutient que tant l'affidavit que les agissements du syndic constituent un abus de procédure et que cet abus justifie la radiation de l'affidavit. Pour trancher cette question, je me fonde sur l'arrêt *Le Nel* (précité) pour justifier la radiation d'un affidavit qui est abusif ou qui renferme des conjectures, des spéculations ou des opinions juridiques.

[32] En matière de radiation d'affidavits qui constituent un abus de procédure, je suis particulièrement conscient du fait que je dois exercer mon pouvoir avec parcimonie (voir, par exemple, le jugement *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)* (1998), 159 F.T.R 24 (C.F. 1^{re} inst.), à la

paragraphs which clearly appear to be severable, as in *Sierra Club*, at page 35. However, I am not prepared to go so far as to dissect and delete portions of sentences, a point made by Mr. Justice Teitelbaum in *Gingras v. Canadian Security & Intelligence Service* (1987), 19 C.P.R. (3rd) 283 (F.C.T.D.), at page 287.

[33] The first paragraph of section 1 of the notarial deed, as phrased in a single sentence, constitutes legal opinion and conjecture. It is thus struck out.

[34] The first sentence of the second paragraph of section 1, claiming eighteen million dollars, also sets out that the syndic purports to act for all creditors, at best a doubtful proposition, but one which otherwise might remain.

[35] As to the remaining substance of the notarial deed, a last sentence in the second paragraph, there the syndic advises, through his notary, as to the unlawfulness of the actions of the Federal Court and the Court-appointed acting sheriff. The syndic then goes on to refer, through his notary, to an advertisement of 12 June 2001 in Lloyd's List. That advertisement, which appeared well after the syndic and his then-counsel were directly involved and were seeking relief in this proceeding, handicapped the sheriff in selling the trawlers, for it gave notice to the shipping community, worldwide, that the Federal Court sale was, in the view of the syndic, illegal and that no bill of sale would be effective to delete the trawlers from the Polish shipping registry unless it were signed by the syndic. At that point counsel for the syndic was advised of *Cerro Colorado, The*, [1993] 1 Lloyd's Rep. 58, a decision of Mr. Justice Sheen. There the Court ordered *The Cerro Colorado* appraised and sold by the admiralty marshal, the marshal also to deal with the safety of the ship and the repatriation of master and crew. The Court's order was made 13 April 1992.

[36] On 10 June 1992, the sale of the *Cerro Colorado* was opposed by offshore trade unions, who placed an

page 34). Compte tenu de ce principe, je suis disposé à radier les parties de l'affidavit qui peuvent aisément être dissociées du reste de l'affidavit, comme c'était le cas dans l'affaire *Sierra Club*, à la page 35. Je ne suis cependant pas prêt à aller jusqu'à retrancher des bouts de phrases, comme le juge Teitelbaum l'a précisé dans le jugement *Gingras c. Service canadien du renseignement de sécurité* (1987), 19 C.P.R. (3d) 283 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 287.

[33] Le premier paragraphe de l'article premier de l'acte notarié, qui forme une seule phrase, constitue une opinion juridique et de la conjecture. Il est donc radié.

[34] Dans la première phrase du deuxième paragraphe de l'article premier, où est réclamée la somme de dix-huit millions de dollars, le syndic prétend agir au nom de la masse des créanciers. Il s'agit au mieux d'une proposition douteuse, mais qui peut malgré tout être conservée.

[35] Pour ce qui est du reste du texte de l'acte notarié, à la dernière phrase du deuxième paragraphe, le syndic affirme, par le truchement de son notaire, que les agissements de la Cour fédérale et du shérif adjoint désigné par la Cour sont illicites. Le syndic mentionne ensuite l'avis du 12 juin 2001 paru dans le registre de Lloyd. Cet avis, qui a été publié longtemps après que le syndic et l'avocat qui le représentait alors soient intervenus directement dans la présente instance pour réclamer une réparation, a empêché le shérif de vendre les chalutiers, car cet avis informait l'industrie internationale des transports maritimes que la Cour fédérale agissait illégalement, de l'avis du syndic et qu'aucun acte de vente ne pourrait valablement avoir pour effet de supprimer les chalutiers du registre polonais de la navigation s'il n'était pas signé par le syndic. L'avocat du syndic a alors été informé de la décision rendu par le juge Sheen dans l'affaire *Cerro Colorado, The*, [1993] 1 Lloyd's Rep. 58. Dans ce jugement daté du 13 avril 1992, le tribunal avait ordonné que le *Cerro Colorado* soit évalué et vendu par le prévôt d'amirauté et avait enjoint à ce dernier de s'occuper également de la sécurité du navire et du rapatriement du capitaine et de l'équipage.

[36] Le 10 juin 1992, des syndicats étrangers se sont opposés à la vente en justice du *Cerro Colorado* au

advertisement in Lloyd's List in June of 1992 impugning the court-ordered sale. In effect the advertisement amounted to a warning that the debt owed to the trade union members would remain notwithstanding the sale ordered by the Court of Queen's Bench. There followed an order of an offshore court, apparently *in personam* and the intervention of various offshore embassy and councillor officials. Mr. Justice Sheen was not amused, particularly in that the claim by the trade unions was for redundancy money, which did not enjoy a claim of maritime lien. He went on to point out that a sale by court order gave the purchaser a title free of all liens and encumbrances, a title valid against the whole world and recognized by the courts of all countries, a concept at one time set out in English case law, but now embodied in the Arrest Convention [*International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-Going Ships*, Brussels, May 10, 1952].

[37] In *Cerro Colorado* Mr. Justice Sheen then turned to the topic of contempt of court. He found that there was no doubt that the advertisement in Lloyd's List and indeed a subsequent article commenting on the advertisement, might be treated as contempt of court, as tending to interfere with the administration of justice. He went on to say that no action would be taken in respect of the advertisement or the article, but that any repetition would be regarded as a serious contempt.

[38] In the present instance, it is best for all concerned, as a saving in time and expense, merely to look upon the warning given by the syndic in Lloyd's List, as an abuse of the process of the Federal Court, not as a contempt. It is all the more so an abuse in that the syndic, while casting aspersions on the Federal Court, in a statement made to the international maritime community at large, still seeks to take advantage of the process of the Federal Court by claiming entitlement to the entire proceeds of the judicial sale. However I do not think the abuse stops here.

[39] Throughout the course of this action the syndic has hampered the efficient and orderly progress of this

moyen d'un avis publié en juin 1992 dans le registre de Lloyd. Cet avis équivalait en fait à un avertissement suivant lequel la créance des syndiqués subsisterait malgré la vente ordonnée par la Cour du Banc de la Reine. Par la suite, un tribunal étranger a rendu une ordonnance qui, selon toute vraisemblance, était une ordonnance personnelle, et divers fonctionnaires et conseillers d'ambassade sont intervenus. Le juge Sheen s'est dit contrarié, d'autant plus que la réclamation des syndicats visait une indemnité de licenciement, qui ne peut faire l'objet d'un privilège maritime. Il a poursuivi en soulignant qu'une vente ordonnée par un tribunal conférerait à l'acquéreur un titre franc et quitte de toute charge et privilège, un titre opposable aux tiers qui est reconnu partout dans le monde, un concept qui avait déjà été exposé dans la jurisprudence anglaise mais qui faisait maintenant partie de la Convention sur la saisie conservatoire des navires de mer [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*, Bruxelles, 10 mai 1952].

[37] Dans le jugement *Cerro Colorado*, le juge Sheen a ensuite abordé le sujet de l'outrage au tribunal. Il a conclu qu'il n'y avait aucun doute que l'avis paru dans le registre de Lloyd de même qu'un article subséquent renfermant des commentaires sur cet avis pouvaient être qualifiés d'outrage au tribunal pour cause de tentative d'entrave à la justice. Il a poursuivi en disant qu'aucune mesure ne serait prise au sujet de l'avis ou de l'article en question, mais que toute récidive serait considérée comme un grave outrage au tribunal.

[38] En l'espèce, il vaut mieux pour tous les intéressés, pour gagner du temps et de l'argent, de se contenter de considérer l'avis donné par le syndic dans le registre de Lloyd comme un abus de procédure et non comme un outrage au tribunal, d'autant plus qu'en plus de dénigrer la Cour fédérale par une déclaration destinée à l'ensemble de la collectivité maritime internationale, le syndic cherche encore à profiter de la tribune que lui offre la Cour fédérale en prétendant qu'il a droit à la totalité du produit de la vente en justice. Je ne crois cependant pas que l'abus s'arrête là.

[39] Pendant toute la durée de la présente instance, le syndic a nui au déroulement efficace et ordonné de

action. Twice the syndic appealed orders, but did not proceed with the appeals. In one instance an appeal and allegations in the material had the effect of clouding the title of the purchasers of the trawlers. That appeal was particularly insidious in that it was served on the participants in this action and generally became public knowledge, but the material was never filed in the Court and was not proceeded with. This forced the purchasers to bring a motion to have the so-called appeal declared of no force and effect.

[40] The actions of the syndic have been an abuse of the process of the Court. Had I not struck out the affidavit on the basis of an absence of jurisdiction of the Federal Court as to bankruptcy, I would strike out the affidavit by reason of being abusive in the context of an overall abuse by the syndic of the process of this Court.

CONCLUSION

[41] The notarial deed of 9 July 2001, which I have also referred to as an affidavit, is struck out as this Court does not have jurisdiction to deal with bankruptcy proceedings. No amendment will be of assistance and thus the striking out is without leave to amend.

[42] The intervener, SK Shipping, the plaintiff and Triton Marine Group Inc., a claimant, who participated actively on this motion, shall have their costs, all as more fully set out in the order of 19 November 2001.

[43] I thank counsel for their efforts, both in presenting their positions to the Court and in endeavouring to explain to me what might best be characterized as generally unclear material filed, from time to time, by the syndic.

l'action. À deux reprises, le syndic a interjeté appel d'ordonnances prononcées par le tribunal sans donner suite à ses appels. Dans un cas, l'appel et les allégations articulées dans les actes de procédure ont eu pour effet de faire planer des doutes au sujet de la plénitude du droit de propriété des acquéreurs des chalutiers. Cet appel était particulièrement insidieux, étant donné qu'il a été signifié aux parties à l'instance et a été porté à l'attention du public en général, mais qu'aucune pièce n'a jamais été versée au dossier et que le syndic n'y a pas donné suite, forçant ainsi les acquéreurs à présenter une requête en vue de faire déclarer le soi-disant appel nul et de nul effet.

[40] Les agissements du syndic constituent un abus de procédure. Si je n'avais pas radié son affidavit en raison du défaut de compétence de la Cour fédérale en matière de faillite, je le ferais au motif qu'il est abusif dans le contexte des abus généraux de procédure dont le syndic s'est rendu coupable en l'espèce.

DISPOSITIF

[41] L'acte notarié du 9 juillet 2001 que j'ai désigné sous le nom d'affidavit en l'espèce est radié au motif que la Cour n'a pas compétence en matière de faillite. Toute modification qui pourrait être apportée à cet affidavit ne serait d'aucune utilité et la radiation de l'affidavit est donc ordonnée sans autorisation de modification.

[42] L'intervenante, la SK Shipping, la demanderesse et Triton Marine Group Inc., un créancier, qui ont participé activement à la présente requête ont droit à leurs dépens, selon les modalités précisées dans l'ordonnance du 19 novembre 2001.

[43] Je tiens à remercier les avocats pour l'excellent travail qu'ils ont accompli en exposant leur thèse devant le tribunal et en tâchant de m'expliquer la teneur des pièces déposées par le syndic qui peuvent être qualifiées de documents pour le moins nébuleux.

A-265-00
2001 FCA 378

A-265-00
2001 CAF 378

Sriskanthan Krishnapillai (*Appellant*)

Sriskanthan Krishnapillai (*appellant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen and The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondents*)

Sa Majesté la Reine et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*intimés*)

INDEXED AS: KRISHNAPILLAI v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: KRISHNAPILLAI c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Noël J.J.A.—
Montréal, November 20; Ottawa, December 6, 2001.

Cour d'appel, juge en chef Richard et juges Décary et Noël, J.C.A.—Montréal, 20 novembre; Ottawa, 6 décembre 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Appellant, permanent resident originally recognized as Convention refugee, ordered deported as danger to public — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1) unconstitutional denied without reasons — Prothonotary striking out subsequent action raising same issue, plus issue of constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — In dismissing appeal, Motions Judge holding s. 82.1 could not be attacked on basis infringed Convention on Status of Refugees, Arts. 16, 32 because those provisions not incorporated into domestic law — Art. 16 granting refugees “free access to courts of law” — Art. 32 prohibiting expulsion of Convention refugee except on grounds of national security or public order, and then only in accordance with due process of law — While not incorporated into domestic law, Canadian legislation implicitly not at odds with those provisions — Art. 16 implicitly recognizing refugees subject to procedures available in country in which have habitual residence — Not imposing on state obligation to make available to refugees most favourable procedures that can be put in place — Leave requirement usual procedure in Canadian law and accepted form of access to courts of country — No suggestion in Canada refugees not having free access to leave requirement procedure within meaning of Convention.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'appellant, résident permanent reconnu à l'origine comme réfugié au sens de la Convention, a vu une mesure d'expulsion prononcée contre lui parce qu'il constituait un danger pour le public — Sa demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration, était inconstitutionnel s'est soldée par un rejet non motivé — Le protonotaire avait radié une action subséquente soulevant le même point, outre le point qui contestait la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'art. 82.1 — Rejetant l'appel, le juge des requêtes a estimé que l'art. 82.1 ne pouvait être contesté en raison de sa présumée incompatibilité avec les art. 16 et 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, parce que ces articles n'avaient pas été incorporés dans le droit interne — L'art. 16 donne aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux» — L'art. 32 de la Convention interdit l'expulsion de réfugiés au sens de la Convention si ce n'est pour des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public, et alors uniquement d'une manière conforme à la procédure prévue par la loi — Bien que la Convention ne soit pas incorporée dans le droit interne, la législation canadienne n'est pas, du moins implicitement, contraire à ces dispositions — L'art. 16 reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle — Il n'impose pas à l'État l'obligation d'offrir aux réfugiés les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place — La procédure de demande d'autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est une forme acceptée d'accès aux tribunaux du pays — Il n'a pas été avancé qu'au Canada les réfugiés n'ont pas le libre accès à la procédure de demande d'autorisation selon ce que prévoit la Convention.

Practice — Res Judicata — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, ss. 53(1), 82.1 — Motions

Pratique — Res judicata — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité des art. 53(1)

Judge holding F.C.A. already decided s. 82.1 consistent with Charter, ss. 7, 12, constitutionality of s. 53 res judicata — For doctrine of issue estoppel to apply, same question must have been actually decided in first proceeding; must be clear from facts same issue decided; issue out of which estoppel said to arise must have been fundamental to decision arrived at in earlier proceeding — Decision re: leave not decision on merit — Particularly with respect to constitutional issue, judgment denying leave to seek judicial review without reasons not deciding issues raised by applicant on merit with certainty required by doctrine of res judicata.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out statement of claim — Application for leave to file judicial review application on ground administrative process under Immigration Act, s. 53(1) unconstitutional denied — Action subsequently commenced raising same issue, and also challenging constitutionality of leave requirement in s. 82.1 — S. 82.1 providing no appeal from judgment denying leave — Parliament clearly intending to put end to challenge of determination under Immigration Act at early stage — Where leave denied, commencement of action raising issue that could have been raised in leave application indirect attempt to circumvent intent of Parliament and collateral attack on judgment denying leave — Appeal dismissed on ground action abuse of process.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from dismissal of appeal from Prothonotary's decision striking out action challenging constitutionality of Immigration Act, s. 82.1 on ground F.C.A. already holding consistent with Charter, ss. 7, 12 — S. 82.1 imposing requirement to obtain leave before commencing application for judicial review — Not imposing obligation to give reasons for denying leave — Judicial decisions not subject to requirement of giving formal reasons — Nothing in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) importing such requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review — Attack on constitutionality of leave requirement prescribed by s. 82.1 had no chance of success.

et 82.1 de la Loi sur l'immigration — Le juge des requêtes a estimé que la C.A.F. avait déjà décidé que l'art. 82.1 était conforme aux art. 7 et 12 de la Charte et que la question de la constitutionnalité de l'art. 53 était chose jugée — Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée, le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès; il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé; l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès — Une décision qui accorde l'autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond — Surtout devant une question constitutionnelle, un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire n'est pas un jugement dont on pourrait dire qu'il dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une déclaration — La demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire au motif que le processus administratif prévu par l'art. 53(1) de la Loi sur l'immigration, était inconstitutionnel a été rejetée — Une procédure a par la suite été introduite qui soulevait le même point, et qui contestait aussi la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'art. 82.1 — L'art. 82.1 prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation — Le législateur fédéral avait manifestement l'intention de mettre un terme rapidement à la contestation d'une décision prise en vertu de la Loi sur l'immigration — Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation — Appel rejeté parce que l'action constituait un abus de la procédure.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel dirigé contre le rejet d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié une action contestant la constitutionnalité de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, au motif que la C.A.F. avait déjà décidé que l'art. 82.1 était conforme aux art. 7, 12 de la Charte — L'art. 82.1 requiert d'obtenir une autorisation avant que ne soit introduite une demande de contrôle judiciaire — Il n'impose pas l'obligation de motiver le rejet de la demande d'autorisation — Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les tribunaux ne sont pas tenus d'exposer des motifs en bonne et due forme — Les attendus de l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) n'emportent pas une telle obligation pour les décisions judiciaires où est refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire — La contestation de la constitutionnalité du

This was an appeal from the Motions Judge's dismissal of an appeal from the Prothonotary's decision striking out the statement of claim. The appellant, who had been recognized as a Convention refugee, but subsequently became a permanent resident, was ordered deported on the basis that he was a danger to the public. He sought leave under *Immigration Act*, section 82.1 to file a judicial review application with respect to the Minister's finding that he was a danger to the public. The principal issue raised therein was whether the administrative process under subsection 53(1) was unconstitutional. Leave was denied without reasons. The appellant then commenced an action again challenging the constitutionality of subsection 53(1) and adding a challenge to the constitutionality of the leave requirement in section 82.1. The Prothonotary allowed a motion to strike the statement of claim. The Motions Judge dismissed the appeal therefrom on the grounds that the Federal Court of Appeal had already decided that section 82.1 was consistent with Charter, sections 7 and 12; section 82.1 could not be attacked on the basis that it infringed Convention on the Status of Refugees, Articles 16 and 32 because those sections had not been incorporated into domestic law; and the constitutionality of section 53 is *res judicata*. Article 16 grants refugees "free access to courts of law" in the sense of granting refugees the right to sue and to be sued in the courts of law of a Contracting state and to enjoy, when suing or being sued in the Contracting state in which he has his habitual residence, the same treatment as a national including legal assistance when available to nationals. Article 32 prohibits the expulsion of a Convention refugee except on grounds of national security or public order, and then only in accordance with due process of law.

Held, the appeal should be dismissed on the ground that the statement of claim was properly struck out as an abuse of the process of the Court and did not raise any reasonable cause of action.

For the doctrine of issue estoppel to apply, the same question must have been actually decided in the first proceeding. It must be clear from the facts that the question has indeed been decided, and the issue out of which the estoppel is said to arise must have been fundamental to the decision arrived at in the earlier proceeding. There must be no doubt that the decision could not have been made without that issue

principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'art. 82.1 n'avait aucune chance de succès.

Il s'agissait d'un appel formé contre la décision d'un juge des requêtes de rejeter un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié la déclaration. L'appelant avait été reconnu réfugié au sens de la Convention, mais il était par la suite devenu résident permanent. Son expulsion du Canada fut ordonnée parce qu'il constituait un danger pour le public. Il a demandé, en application de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la conclusion du ministre selon laquelle il constituait un danger pour le public. Le point principal soulevé dans la demande d'autorisation mettait en doute la constitutionnalité du processus administratif prévu par le paragraphe 53(1). La demande d'autorisation s'est soldée par un rejet non motivé. L'appelant a alors introduit une instance où il contestait encore une fois la constitutionnalité du paragraphe 53(1), mais également la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'article 82.1. Le protonotaire a fait droit à une requête en radiation de la déclaration. Le juge des requêtes a rejeté l'appel formé contre la décision du protonotaire, au motif que la Cour d'appel fédérale avait déjà décidé que l'article 82.1 était conforme aux articles 7 et 12 de la Charte; l'article 82.1 ne pouvait pas être contesté en raison de sa présumée incompatibilité avec les articles 16 et 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, parce que ces articles n'avaient pas été incorporés dans le droit interne; et la question de la constitutionnalité de l'article 53 était chose jugée. L'article 16 accorde aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux», en ce sens qu'il donne à tout réfugié le droit d'agir en demande et en défense devant les cours de justice d'un État contractant et de bénéficier, lorsqu'il agit dans une action en demande ou en défense dans l'État contractant où il a sa résidence habituelle, du même traitement qu'un national de cet État, y compris l'assistance judiciaire dans les cas où elle est offerte aux nationaux. L'article 32 interdit l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention, si ce n'est pour des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public, et alors uniquement en conformité avec la procédure prévue par la loi.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, au motif que la déclaration a été valablement radiée, car elle constituait un abus de la procédure et ne révélait aucune cause d'action valable.

Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée, le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès. Il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé, et l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès. Il ne doit faire aucun doute que la décision n'aurait pu être rendue sans que cet

being addressed and actually decided. The issue in a leave application is whether a fairly arguable case has been made. Once leave has been granted, the issue is whether the case has been made. It could not be said, for the purpose of the doctrine of *res judicata*, that the two issues were unequivocally similar. A decision granting or denying leave is not a decision on the merit of any given issue. Particularly with respect to a constitutional issue, a judgment denying leave to seek judicial review without reasons does not decide the issues raised by the applicant on their merit with such certainty, as required by the doctrine of *res judicata*, as to preclude the examination of the merit of these issues in a different sort of legitimate proceeding.

The constitutional issue was raised through the application for leave to seek judicial review along with other issues. Section 82.1 provides that there is no appeal from a judgment denying leave. Parliament clearly intended to put an end to the challenge of a determination made under the *Immigration Act* at an early stage. Where leave is denied, the commencement of an action raising an issue that was or could have been raised in the leave application is an indirect attempt to circumvent the intent of Parliament and a collateral attack on the judgment denying leave. This was an abuse of the process of the Court.

The Motions Judge correctly found that Articles 16 and 32 of the Convention Relating to the Status of Refugees had not been incorporated into domestic law. Those provisions, however, are still relevant. International norms were examined by the Court in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and Canadian legislation was found, at least implicitly, not to be at odds with these norms. Article 16 implicitly recognizes that refugees are subject to the procedures available in the country in which they have their habitual residence. It does not impose on the state the obligation to make available to refugees because they are refugees the most favourable procedures that can be put in place. The right to apply for leave is a right of access to the courts. Leave requirement is a usual procedure in Canadian law and it is, in Canadian terms, an accepted form of access to the courts of the country. No suggestion was made that in Canada refugees do not have free access to the leave requirement procedure within the meaning of the Convention.

It was not clear that Article 32 relates to the judicial review process available once a decision is made to expel a refugee. If it does, there is no doubt that the leave requirement accords

élément ne soit considéré et véritablement réglé. Dans une demande d'autorisation, il s'agit de savoir si un argument un tant soit peu défendable a été invoqué. Une fois l'autorisation accordée, il s'agit de savoir si le bien-fondé de l'argument a été démontré. On ne saurait dire, s'agissant du principe de l'autorité de la chose jugée, que les deux propositions sont absolument les mêmes. Une décision qui accorde l'autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond. Surtout devant une question constitutionnelle, un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire n'est pas un jugement dont on peut dire qu'il dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée, de telle sorte que sera empêché l'examen du bien-fondé des points en question dans un autre procès légitime.

La question constitutionnelle a été soulevée en même temps que d'autres questions à la faveur de la demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. L'article 82.1 prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation. L'intention du législateur était manifestement de mettre un terme rapidement à la contestation d'une décision prise en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui a été soulevé ou aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation. Il s'agit là d'un abus de la procédure.

Le juge des requêtes a eu raison de dire que les articles 16 et 32 de la Convention relative au statut des réfugiés n'avaient pas été intégrés dans le droit interne. Toutefois, ces dispositions sont quand même pertinentes. Les normes internationales ont été considérées par la Cour dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, et la législation canadienne a été jugée, du moins implicitement, conforme aux normes en question. L'article 16 reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle. Il n'impose pas à l'État l'obligation d'offrir aux réfugiés, parce qu'ils sont des réfugiés, les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place. Le droit de demander une autorisation est un droit d'ester en justice. La procédure de demande d'autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est, en des termes canadiens, une forme acceptée d'accès aux tribunaux du pays. Il n'a pas été avancé qu'au Canada les réfugiés n'ont pas le libre accès à la procédure de demande d'autorisation selon ce que prévoit la Convention.

Il n'était pas sûr que l'article 32 se rapporte à la procédure de contrôle judiciaire qui est applicable après que la décision est prise d'expulser un réfugié. Si effectivement il se rapporte

with due process of the law. The only novel issue raised in this appeal with respect to the constitutionality of the leave requirement is the failure to impose an obligation to give reasons when denying leave. Judicial decisions are not subject to the requirements of giving formal reasons, and nothing which was said in *Baker* with respect to the requirement that in certain circumstances reasons be provided for administrative decisions, led to the import of such a requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review. The attack on the constitutionality of the leave requirement prescribed by section 82.1 had no chance of success.

à cette procédure, alors il ne fait aucun doute que le principe de la demande d'autorisation s'accorde avec la procédure prévue par la loi. Le seul point inédit soulevé dans cet appel au regard de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation est l'absence d'une obligation de motiver un refus d'autorisation. Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les tribunaux ne sont pas tenus d'exposer des motifs en bonne et due forme, et les attendus de l'arrêt *Baker* sur la nécessité de motiver dans certains cas les décisions administratives n'emportent en aucune façon une telle obligation pour les décisions judiciaires où est refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. La contestation de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'article 82.1 n'avait aucune chance de succès.

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].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a),(b), (f).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 16, 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 596 (C.A.) (QL); *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452; (1960), 127 C.C.C. 129; 34 C.R. 110.

CONSIDERED:

Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.).

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].

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.Can. n° 6, art. 16, 32.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1), 53(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a), b), f).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 596 (C.A.) (QL); *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Paul v. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; (1960), 127 C.C.C. 129; 34 C.R. 110.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Metodieva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Angle v. M.N.R., [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; (1987), 43 D.L.R. (4th) 1; 28 Admin. L.R. 239; 87 CLLC 14,045; 78 N.R. 201; 9 Q.A.C. 161.

AUTHORS CITED

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1992.

Weis, Paul, ed. *The Refugee Convention, 1951*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

APPEAL from a Motions Judge's dismissal of an appeal from a Prothonotary's decision striking out the statement of claim challenging the constitutionality of *Immigration Act*, subsection 53(1) and section 82.1 after leave had been denied to file a judicial review application of the Minister's finding that the appellant was a danger to the public. Appeal dismissed on the ground that the statement of claim was properly struck out as an abuse of process of the Court, and did not raise any reasonable cause of action.

APPEARANCES:

Pia Zambelli for appellant.
Michel Pépin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Joseph W. Allen, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS CITÉES:

Angle c. M.R.N., [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; (1987), 43 D.L.R. (4th) 1; 28 Admin. L.R. 239; 87 CLLC 14,045; 78 N.R. 201; 9 Q.A.C. 161.

DOCTRINE

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Toronto: Butterworths, 2000.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, janvier 1992.

Weis, Paul, ed. *The Refugee Convention, 1951*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

APPEL dirigé contre la décision d'un juge des requêtes de rejeter un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire qui avait radié la déclaration contestant la constitutionnalité du paragraphe 53(1) et de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, après qu'avait été refusée l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire de la conclusion du ministre selon laquelle l'appelant constituait un danger pour le public. Appel rejeté, au motif que la déclaration avait été valablement radiée car elle constituait un abus de la procédure et ne révélait aucune cause d'action valable.

ONT COMPARU:

Pia Zambelli, pour l'appelant.
Michel Pépin, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Joseph W. Allen, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The appellant was recognized as a Convention refugee in 1994. He became a permanent resident of Canada in 1996.

[2] He was ordered deported from Canada in 1999 pursuant to paragraph 53(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the Act) on the basis that he was a danger to the public in Canada.

[3] He sought leave, under section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act, to file a judicial review application with respect to the Minister's finding under subsection 27(1) [as am. *idem*, s. 16] of the Act that he was a danger to the public. The principal issue raised in the application for leave was whether the administrative process under subsection 53(1) of the Act was unconstitutional. Issues relating to the reasonableness of the Minister's finding were also raised. Leave was denied on September 30, 1999, without reasons.

[4] On November 26, 1999, the appellant commenced an action, once again challenging the constitutionality of subsection 53(1) and adding a challenge to the constitutionality of the leave requirement in section 82.1 of the Act. The respondent filed a motion to strike the statement of claim in its entirety on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, that it was immaterial or redundant and that it was an abuse of the process of the Court (paragraphs 221(1)(a), (b) and (f) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]).

[5] On February 7, 2000, the Prothonotary struck out the statement of claim.

[6] On April 17, 2000, the Motions Judge dismissed the appeal from the order of the Prothonotary in the following terms:

CONSIDERING that the Federal Court of Appeal has already decided that Section 82.1 of the *Act* is consistent with Sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: L'appelant a été reconnu réfugié au sens de la Convention en 1994. Il est devenu un résident permanent du Canada en 1996.

[2] Son expulsion du Canada a été ordonnée en 1999 conformément à l'alinéa 53(1)d) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la Loi), parce qu'il constituait un danger pour le public au Canada.

[3] Il a demandé, en application de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi, l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la conclusion du Ministre selon le paragraphe 27(1) [mod., *idem*, art. 16] de la Loi, conclusion selon laquelle il constituait un danger pour le public. Le point principal soulevé dans la demande d'autorisation mettait en doute la constitutionnalité du processus administratif prévu par le paragraphe 53(1) de la Loi. Était également soulevée la question de savoir si la conclusion du ministre était raisonnable. La demande s'est soldée par un rejet non motivé le 30 septembre 1999.

[4] Le 26 novembre 1999, l'appelant introduisait une instance où il contestait encore une fois la constitutionnalité du paragraphe 53(1), mais également la constitutionnalité de l'obligation d'obtenir une autorisation, en application de l'article 82.1 de la Loi. L'intimé déposa une requête en radiation de la déclaration dans son intégralité, au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable, qu'elle n'était pas pertinente ou était redondante et qu'elle constituait un abus de la procédure (alinéas 221(1)a), b) et f) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]).

[5] Le 7 février 2000, le protonotaire radiait la déclaration.

[6] Le 17 avril 2000, le juge des requêtes rejetait dans les termes suivants l'appel interjeté contre l'ordonnance du protonotaire:

[TRADUCTION]

CONSIDÉRANT que la Cour d'appel fédérale a déjà jugé que l'article 82.1 de la *Loi* est conforme aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et

CONSIDERING that Section 82.1 cannot be attacked on the basis that it infringes Sections 16 and 32 of the 1951 Convention on the Status of Refugees, these sections have not been incorporated into domestic law and finally,

CONSIDERING that the issue of the constitutionality of Section 53 is *res judicata*, the plaintiff has failed to demonstrate that the decision rendered by Prothonotary Morneau is clearly wrong.

[7] I shall deal with the reasons of the Motions Judge in their reverse order.

The constitutionality of subsection 53(1) and *res judicata*

[8] Contrary to the Motions Judge, I would be reluctant to decide this question on the basis that the denial without reasons of an application for leave to seek judicial review gives rise to *estoppel* with respect to a constitutional issue raised in the application.

[9] For the doctrine of issue *estoppel* (as opposed to the doctrine of cause of action *estoppel*, which is not argued here) to apply, the same question must have been actually decided in the first proceeding. For the same question to have been actually decided in the first proceeding, it must be clear from the facts that the question has indeed been decided and the issue out of which the *estoppel* is said to arise must have been fundamental to the decision arrived at in the earlier proceeding. For the issue to have been fundamental to the earlier proceeding, there must be no doubt that the decision could not have been made without that issue being addressed and actually decided. There is no equivocal finding which can found issue *estoppel*. (See *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Donald J. Lange, Butterworths, 2000, at page 38 ff.)

[10] It is true, as noted by Mahoney J.A. in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.), at page 318, that in leave applications under section 82.1 of the *Immigration Act* “the only consideration is whether a fairly arguable case has been disclosed”. Yet, where there is a denial without reasons of a leave application,

CONSIDÉRANT que l'article 82.1 ne peut être contesté au motif qu'il contrevient aux articles 16 et 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, ces articles n'ont pas été incorporés dans le droit interne et finalement,

CONSIDÉRANT que la question de la constitutionnalité de l'article 53 est chose jugée, le demandeur n'a pas démontré que la décision rendue par le protonotaire Morneau est manifestement erronée.

[7] J'examinerai dans l'ordre inverse les motifs du juge des requêtes.

La constitutionnalité du paragraphe 53(1) et l'autorité de la chose jugée

[8] Contrairement au juge des requêtes, j'hésiterais à décider ce point pour le motif qu'un rejet non motivé d'une demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire donne lieu à préclusion au regard d'une question constitutionnelle soulevée dans la demande.

[9] Pour que s'applique le principe de la préclusion pour question déjà tranchée (par opposition au principe de la préclusion pour identité de cause d'action, qui n'est pas débattu ici), le même point doit avoir été effectivement décidé dans le premier procès. Pour que le même point ait été effectivement décidé dans le premier procès, il doit ressortir clairement des faits que ce point a bien été décidé, et l'élément à l'origine de la préclusion doit avoir été au cœur de la décision rendue dans le premier procès. Pour que cet élément ait été au cœur du premier procès, il ne doit faire aucun doute que la décision n'aurait pu être rendue sans que cet élément ne soit considéré et véritablement réglé. Une conclusion discutable ne peut fonder une préclusion pour question déjà tranchée. (Voir l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Donald J. Lange, Butterworths, 2000, aux pages 38 et suiv.)

[10] Il est vrai, comme l'a noté le juge Mahoney, J.C.A. dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.), à la page 318, que, dans les demandes d'autorisation selon l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, «le seul élément dont il faut tenir compte est de savoir si une cause défendable a été établie». Or,

there could be so many grounds, apart from those raised by the applicant, on which the judge may have relied for *estoppel* to be said to arise with respect to any given issue. Even, for example, where only one legal issue is raised, the judge might have been of the view that the facts did not support the issue raised or that the issue raised was not determinative of the case.

[11] The issue, in a leave application under the *Immigration Act*, is whether a fairly arguable case has been made. Once leave has been granted, the issue is whether the case has been made. One cannot say, for the purpose of the doctrine of *res judicata*, that the two issues are unequivocally similar. Neither a decision granting leave nor a decision denying leave may be said to be a decision on the merit of any given issue. I have yet to see either type of decision successfully invoked as authority for the proposition that the issues raised in a leave application have been actually decided one way or the other.

[12] The case of *Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.) on which the respondent relies is authority for the proposition that the Court has no jurisdiction, once it has denied a leave application, to hear a leave application pertaining to the same matter. The decision in *Metodieva* was not based on *res judicata*.

[13] More to the point, perhaps, is a decision I made as a single judge in *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 596 (C.A.) (QL). The respondent had suggested that where an application for leave to appeal raises an issue concerning the constitutional operability of a paragraph of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172], the applicant ought to give notice of the constitutional question under section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. I had dismissed the suggestion in the following words [at paragraph 2]:

That suggestion is without merit. Section 57 requires a notice “where the constitutional validity, applicability or operability of . . . regulations . . . is in question before the

lorsqu’il y a rejet non motivé d’une demande d’autorisation, le juge peut s’être fondé sur une foule de raisons, outre celles invoquées par le demandeur, qui puissent donner lieu à préclusion au regard d’un élément donné. Par exemple, même si un seul point de droit est soulevé, le juge a pu être d’avis que les faits n’autorisaient pas le point soulevé ou que le point soulevé ne permettait pas de disposer du cas.

[11] Dans une demande d’autorisation selon la *Loi sur l’immigration*, il s’agit de savoir si un argument un tant soit peu défendable est invoqué. Une fois l’autorisation accordée, il s’agit de savoir si le bien-fondé de l’argument a été démontré. On ne saurait dire, s’agissant du principe de l’autorité de la chose jugée, que les deux propositions sont absolument les mêmes. Une décision qui accorde l’autorisation ou qui la refuse ne constitue pas une décision quant au fond. Je n’ai connaissance d’aucune décision d’octroi ou de refus dont on se soit autorisé pour prétendre que les points soulevés dans une demande d’autorisation ont été effectivement décidés dans un sens ou dans l’autre.

[12] L’arrêt *Metodieva c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.), dont s’autorise l’intimé, permet d’affirmer que la Cour n’a pas compétence, après qu’elle a refusé une demande d’autorisation, pour statuer sur une demande d’autorisation se rapportant à la même affaire. L’arrêt rendu dans l’affaire *Metodieva* n’était pas fondé sur une exception de la chose jugée.

[13] Plus pertinente me semble-t-il est une décision que j’ai rendue à titre de juge unique dans l’affaire *Singh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 596 (C.A.) (QL). L’intimé avait plaidé que, lorsqu’une demande d’autorisation d’appel met en cause l’effet, sur le plan constitutionnel, d’une disposition du *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172], le demandeur doit donner avis de la question constitutionnelle aux termes de l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]. J’avais rejeté dans les termes suivants cette manière de voir [au paragraphe 2]:

[TRADUCTION] Cette proposition n’a aucune valeur. L’article 57 requiert un avis «lorsque les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité,

Court. . .". In the application for leave to appeal, the Court is not being asked to adjudge the constitutional validity, applicability or operability of a law, but rather the Court is being asked to decide whether or not there is an arguable case to be heard by the Court. A notice of a constitutional question would be premature, if not presumptuous at this preliminary stage.

[14] I note that in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, Sopinka and Cory JJ., while dealing with interlocutory motions to stay proceedings, expressed the view, at page 337, that:

. . . a decision by an appellate court to grant leave on the merits indicates that serious questions are raised, but a refusal of leave in a case which raises the same issues cannot automatically be taken as an indication of the lack of strength of the merits.

[15] In *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, a decision referred to with approval by Chief Justice Laskin in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, Taschereau J. made the following observation at page 457:

It is furthermore my strong view, that a refusal by a Court of Appeal to grant leave to appeal is not tantamount to a dismissal of the appeal. It simply means that the right of appeal which does not exist as of right, but only by leave, never came into being. A judgment on an application for leave to appeal is *one judgment*, and the disposal of the case on its merits when leave has been granted is *another judgment*. The refusal by the Court of Appeal to grant leave is not a disposal of the case on its merits.

Taschereau J. was speaking on behalf of Abbott J. and his view on this matter was adopted at page 466 by Fauteux and Judson JJ.

[16] I appreciate that these views were expressed in a different legislative context and that they were not made in discussions pertaining to *res judicata*, but they reinforce my reluctance, particularly with respect to a constitutional issue, to rule that a judgment denying leave to seek judicial review without reasons is a judgment which can be said to decide the issues raised

l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour. . .». Dans la demande d'autorisation d'appel, la Cour n'est pas priée de statuer sur la validité, l'applicabilité ou l'effet d'une loi sur le plan constitutionnel, mais plutôt de décider s'il y a ou non une cause défendable justifiant la saisine de la Cour. Un avis de question constitutionnelle serait prématuré, sinon présomptueux, à ce stade préliminaire.

[14] J'observe que, dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les juges Sopinka et Cory, qui examinaient des requêtes interlocutoires en suspension d'instance, ont exprimé l'avis, à la page 337, que:

[. . .] l'autorisation d'appel sur le fond qu'une cour d'appel accorde constitue une indication que des questions sérieuses sont soulevées, mais un refus d'autorisation dans un cas qui soulève les mêmes questions n'indique pas automatiquement que les questions de fond ne sont pas sérieuses.

[15] Dans l'arrêt *Paul v. The Queen*, [1960] R.C.S. 452, une décision citée avec approbation par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, le juge Taschereau a fait l'observation suivante à la page 457:

[TRADUCTION]

Je suis d'ailleurs fermement d'avis que le refus d'une cour d'appel d'accorder l'autorisation d'appel n'équivaut pas à un rejet de l'appel. Un tel refus signifie simplement que le droit d'appel, qui n'est pas automatique mais résulte seulement d'une autorisation, n'a jamais existé. Un jugement qui dispose d'une demande d'autorisation d'appel *constitue un jugement*, et la décision qui dispose de l'affaire quant au fond après que l'autorisation a été accordée *constitue un autre jugement*. Le refus de la cour d'appel d'accorder l'autorisation ne dispose pas de l'affaire quant au fond.

Le juge Taschereau s'exprimait au nom du juge Abbott, et son avis sur ce point a été adopté à la page 466 par les juges Fauteux et Judson.

[16] Je sais que ces vues ont été exprimées dans un contexte législatif différent et qu'elles ne sont pas le résultat d'observations sur l'autorité de la chose jugée, mais elles renforcent mon hésitation, surtout devant une question constitutionnelle, à dire qu'un jugement non motivé refusant l'autorisation de demander un contrôle judiciaire est un jugement dont on pourrait dire qu'il

by the applicant on their merit with such certainty, as required by the doctrine of *res judicata*, as to preclude the examination of the merit of these issues in a different sort of legitimate proceeding.

[17] In the end, I prefer not to base my conclusion on the doctrine of *res judicata* and to rely, for the following reasons, on the abuse of the process of the Court.

[18] The constitutional issue was raised, as is mandated by section 82.1 of the Act, through the only process contemplated by Parliament to challenge the Minister's decision: an application for leave to seek judicial review. The issue was raised, one must assume, with the other issues that could be raised in order to challenge the decision of the Minister. Section 82.1 of the Act provides that there is no appeal from a judgment denying leave. The intent of Parliament was clearly to put an end to the challenge of a decision made under the *Immigration Act* at an early stage, i.e. as soon as leave was denied. Where leave is denied, the commencement of an action raising an issue that was or could have been raised in the leave application is an indirect attempt to circumvent the intent of Parliament and a collateral attack on the judgment denying leave. This is an abuse of the process of the Court.

[19] This conclusion disposes of the issue raised with respect to the constitutional validity of subsection 53(1). It could dispose, also, of the better part of the issues raised with respect to the constitutional validity of the leave requirement because, apart from the issue relating to the absence of reasons in denying leave which obviously could not have been raised prior to the decision denying leave, these issues could and should have been raised at the first opportunity, i.e. in the leave application. However, the argument was not made on that basis, and I shall treat the whole issue of the validity of the leave requirement under the following heading, as was done by the parties.

dispose quant au fond des points soulevés par le demandeur, et qu'il en dispose avec le niveau de persuasion qui s'attache au principe de l'autorité de la chose jugée, de telle sorte que sera empêché l'examen du bien-fondé des points en question dans un autre procès légitime.

[17] En définitive, je préfère ne pas fonder ma conclusion sur le principe de l'autorité de la chose jugée et m'en remettre, pour les motifs suivants, à la notion d'abus de la procédure.

[18] La question constitutionnelle a été soulevée, comme le prévoit l'article 82.1 de la Loi, à la faveur du seul processus envisagé par le législateur pour contester la décision du ministre: une demande d'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. La question a été soulevée, on doit le présumer, en même temps que les autres questions qui pouvaient être soulevées pour contester la décision du ministre. L'article 82.1 de la Loi prévoit qu'il ne peut être interjeté appel d'un jugement refusant l'autorisation. L'intention du législateur était manifestement de mettre un terme rapidement, c'est-à-dire dès le refus d'autorisation, à la contestation d'une décision prise en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Lorsque l'autorisation est refusée, l'introduction d'une instance soulevant un point qui a été soulevé ou aurait pu être soulevé dans la demande d'autorisation est une tentative indirecte de contourner la volonté du législateur et une contestation furtive du jugement qui a refusé l'autorisation. Il s'agit là d'un abus de la procédure.

[19] Cette conclusion dispose du point soulevé au regard de la validité constitutionnelle du paragraphe 53(1). Elle pourrait disposer aussi d'une bonne partie des points soulevés au regard de la validité constitutionnelle du principe de la demande d'autorisation, parce que, abstraction faite du point se rapportant à l'absence de motifs dans le refus d'autorisation, point qui à l'évidence n'aurait pu être soulevé avant la décision refusant l'autorisation, ces points auraient pu et auraient dû être soulevés à la première occasion, c'est-à-dire dans la demande d'autorisation. Toutefois, l'argument n'a pas été avancé sur cette base, et j'aborderai sous la rubrique suivante, comme l'ont fait les parties, la question tout entière de la validité du principe de la demande d'autorisation.

The constitutionality of the leave requirement under section 82.1 and articles 16 and 32 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention)

La constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation, énoncé à l'article 82.1 de la Loi, et les articles 16 et 32 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention)

[20] The first two grounds relied upon by the Motions Judge may be examined together.

[20] Les deux premières raisons de droit invoquées par le juge des requêtes peuvent être examinées ensemble.

[21] Articles 16 and 32 of the Convention read as follows:

[21] Les articles 16 et 32 de la Convention sont ainsi rédigés:

Article 16

Access to courts

1. A refugee shall have free access to the courts of law on the territory of all Contracting States.
2. A refugee shall enjoy in the Contracting State in which he has his habitual residence the same treatment as a national in matters pertaining to access to the Courts, including legal assistance and exemption from *cautio judicatum solvi*.
3. A refugee shall be accorded in the matters referred to in paragraph 2 in countries other than that in which he has his habitual residence the treatment granted to a national of the country of his habitual residence.

...

Article 32

Expulsion

1. The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.
2. The expulsion of such a refugee shall be only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law. Except where compelling reasons of national security otherwise require, the refugee shall be allowed to submit evidence to clear himself, and to appeal to and be represented for the purpose before competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority.
3. The Contracting States shall allow such a refugee a reasonable period within which to seek legal admission into another country. The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary.

[22] Counsel for the appellant concedes that these provisions have not been incorporated into Canadian domestic law. (I note that in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592

Article 16

Droit d'ester en justice

1. Tout réfugié aura, sur le territoire des États Contractants, libre et facile accès devant les tribunaux.
2. Dans l'État Contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution *judicatum solvi*.
3. Dans les États Contractants autres que celui où il a sa résidence habituelle, et en ce qui concerne les questions visées au paragraphe 2, tout réfugié jouira du même traitement qu'un national du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

[...]

Article 32

Expulsion

1. Les États Contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.
3. Les États Contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États Contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

[22] L'avocate de l'appelant reconnaît que ces dispositions n'ont pas été incorporées dans le droit interne canadien. (J'observe que, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

(C.A.), this Court expressed the view, in *obiter*, at paragraph 116, that Article 32, paragraph 2 of the Convention “has become part of our domestic law with the promulgation of the *Immigration Act*”. The Court, as it appears clearly in the context, was in reality referring to paragraph 3.) Counsel argues, rather, that even though the provisions have not been so incorporated, they are nevertheless relevant to the extent that it is now settled law that international norms should inform the interpretation of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1057, Lamer J.; *Suresh*, *supra*, at paragraph 22) and “may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 70, L’Heureux-Dubé J.).

l’Immigration), [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), la Cour a exprimé l’avis, dans une remarque incidente, au paragraphe 116, que l’article 32, paragraphe 2, de la Convention «a été intégrée à notre droit national par la promulgation de la *Loi sur l’immigration*». La Cour, comme le contexte le montre clairement, parlait en réalité du paragraphe 3.) L’avocate de l’appelant soutient plutôt que, même si les dispositions n’ont pas été ainsi intégrées, elles sont néanmoins pertinentes dans la mesure où il est maintenant établi en droit que les normes internationales devraient influencer l’interprétation de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (voir l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1057, le juge Lamer; et l’arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 22) et «peuvent, toutefois, être prises en compte dans l’approche contextuelle de l’interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire» (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 70, le juge L’Heureux-Dubé).

[23] The Motions Judge was correct in finding that the provisions had not been incorporated into domestic law. If that finding meant that they were irrelevant, she was wrong. I shall examine the impact of these provisions in a few moments.

[23] Le juge des requêtes a eu raison de dire que les dispositions n’avaient pas été intégrées dans le droit interne. Si cette conclusion signifiait qu’elles n’étaient pas pertinentes, alors le juge des requêtes a erré. J’examinerai un peu plus loin l’incidence de ces dispositions.

[24] In dealing with the constitutionality of section 82.1 of the *Immigration Act*, it is useful, first, to quote from the reasons of Mahoney J.A. in *Bains*, *supra*, at page 318:

[24] S’agissant de la constitutionnalité de l’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration*, il est utile d’abord de citer les motifs du juge Mahoney dans l’arrêt *Bains*, précité, à la page 318:

The requirement of leave does not deny refugee claimants access to the court. The right to apply for leave is itself a right of access to the Court and, in our opinion, the requirement that leave be obtained before an appeal or application for judicial review may proceed does not impair rights guaranteed refugee claimants under either s. 7 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L’obligation de l’autorisation n’interdit pas aux revendicateurs du statut de réfugié de s’adresser à la Cour. Le droit de demander une telle autorisation est en soi un droit d’accès à la Cour et à notre avis, l’obligation d’obtenir cette autorisation avant qu’un appel ou une demande de contrôle judiciaire ne puisse être instruit ne porte pas atteinte aux droits garantis aux revendicateurs du statut de réfugié par les art. 7 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[25] Counsel for the appellant correctly points out that *Bains* was rendered in a case involving a Convention

[25] L’avocate de l’appelant fait observer à juste titre que l’arrêt *Bains* a été rendu dans une affaire qui

refugee claimant and not, as in this case, a Convention refugee. The Convention, therefore, did not apply. Yet, in the extensive written representations then submitted to the Court by Mrs. Jackman, counsel for Mr. Bains, it was argued under the heading “International Norms”, in paragraph 20, that:

Where fundamental rights are concerned, the importance of an effective remedy before the courts and free access to the courts have been recognized internationally.

and reference was made, *inter alia*, to the Convention and, more particularly, to articles 16 and 32. Counsel concluded, at paragraph 22:

In particular, it is submitted that the international community has recognized that where refugee protection is in issue, there must be an effective appellate or review remedy on the merits.

[26] It follows that international norms were examined by the Court in *Bains* and that the Canadian legislation was found at least implicitly not to be at odds with these norms. For greater certainty, however, I have examined closely the provisions of Article 16 and of Article 32, paragraphs 1 and 2 of the Convention on which counsel relies. I have been careful, in doing so, not to import in our statute the very words of the Convention, for these words are only to be used as guides helping us in the interpretation of the provisions of our own statute. It is the spirit, rather than the words, of the Convention that should guide us.

[27] Article 16 is found in Chapter II of the Convention. Chapter II deals with the “Juridical Status” of refugees in their country of refuge once their refugee status has been determined. I note in passing that, according to paragraph 12(ii) of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the provisions of Chapter II “have no influence on the process of determination of refugee status”. That process has been completed here.

concernait un revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention et non, comme en l’espèce, un réfugié au sens de la Convention. La Convention n’était donc pas applicable. Or, dans les nombreuses observations écrites alors présentées à la Cour par M^{me} Jackman, avocate de M. Bains, on faisait valoir, sous la rubrique «Normes internationales», au paragraphe 20, que:

[TRADUCTION] S’agissant des droits fondamentaux, l’importance d’un recours effectif devant les tribunaux et d’un libre accès aux tribunaux a été reconnue au niveau international.

et mention était faite, entre autres, de la Convention et plus particulièrement de ses articles 16 et 32. L’avocate avait ainsi conclu, au paragraphe 22:

[TRADUCTION] Il est allégué en particulier que la communauté internationale a reconnu que, lorsque la protection des réfugiés est en jeu, il doit exister une procédure efficace d’appel ou de révision quant au fond.

[26] Il s’ensuit que les normes internationales ont été considérées par la Cour dans l’arrêt *Bains* et que la législation canadienne a été jugée, du moins implicitement, conforme aux normes en question. Par acquit de conscience, cependant, j’ai étudié attentivement les dispositions de l’article 16 et de l’article 32, paragraphes 1 et 2, de la Convention, sur lesquels s’appuie l’avocate de l’appelant. J’ai pris soin, ce faisant, de ne pas introduire dans notre loi les mots mêmes de la Convention, car ces mots doivent être employés uniquement comme guides pour nous aider dans l’interprétation des dispositions de notre propre loi. C’est l’esprit, et non la lettre, de la Convention qui devrait nous guider.

[27] L’article 16 se trouve dans le chapitre II de la Convention. Le chapitre II parle du «statut juridique» des réfugiés dans leur pays de refuge après que leur statut de réfugié a été établi. Je note en passant que, selon le paragraphe 12 II) du *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, les dispositions du chapitre II «soient sans incidence sur le processus de reconnaissance du statut de réfugié». Ce processus a été appliqué ici.

[28] Article 16 is entitled “Access to Courts” (*Droit d’Ester en Justice*). It is a general provision granting refugees “free access to the courts of law” (*libre et facile accès devant les tribunaux*) in the sense of granting refugees the right to sue and to be sued in the courts of law of a Contracting State and to enjoy, when suing or being sued in the Contracting State in which he has his habitual residence, the same treatment as a national including legal assistance when available to nationals.

[29] According to the Travaux Préparatoires of the Convention, as analysed in 1995 by Dr. Paul Weis (Weis (éd.), *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge International Documents Series, Volume 7, Cambridge University Press), the purpose of Article 16 is essentially the following (at page 131):

Although in principle the right of a refugee to sue and to be sued is not challenged, in practice there are insurmountable difficulties to the exercise of this right by needy refugees: the obligation to furnish *cautio judicatum solvi* and the refusal to grant refugees the benefit of legal assistance make the right illusory.

[30] “Free access to the courts of law” (*libre et facile accès devant les tribunaux*) are therefore words that are addressed, not to the type of procedure prescribed by the national law, but to the effective access to courts of law by refugees. Legal aid and exemption from security for costs were expressly provided for in paragraph 2 of Article 16. Items such as free assistance of an interpreter are contemplated by the use of the word “including” in that paragraph.

[31] Article 16 does not define a special procedure nor does it provide for special procedures for refugees. Quite to the contrary: in granting refugees the right to equal treatment before the courts, it implicitly recognizes that refugees are subject to the procedures available in the country in which they have their habitual residence. Article 16 does not impose on the state the obligation to make available to refugees because they are refugees the most favourable procedures that can be put in place.

[28] L’article 16 est intitulé «Droit d’Ester en Justice» (*Access to Courts*). Il s’agit d’une disposition générale qui accorde aux réfugiés «libre et facile accès devant les tribunaux» (*free access to the courts of law*), en ce sens qu’elle donne à tout réfugié le droit d’agir en demande et en défense devant les cours de justice d’un État Contractant et de bénéficiaire, lorsqu’il agira dans une action en demande ou en défense dans l’État Contractant où il a sa résidence habituelle, du même traitement qu’un national de cet État, y compris l’assistance judiciaire dans les cas où elle est offerte aux nationaux.

[29] Selon les Travaux préparatoires de la Convention, analysés en 1995 par le D^r Paul Weis (Weis (éd.), *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge International Documents Series, volume 7, Cambridge University Press), l’objet de l’article 16 est essentiellement le suivant (à la page 131):

[TRADUCTION] Bien qu’en principe le droit d’un réfugié d’ester en justice ne soit pas contesté, il existe en pratique des obstacles insurmontables à l’exercice de ce droit par les réfugiés impécunieux: l’obligation de fournir la *cautio judicatum solvi* et le refus d’accorder aux réfugiés le bénéfice de l’assistance judiciaire rendent le droit illusoire.

[30] L’expression «libre et facile accès devant les tribunaux» (*free access to the courts of law*) est par conséquent une expression qui concerne non le genre de procédure prévue par le droit interne, mais l’accès effectif des réfugiés aux tribunaux. L’assistance judiciaire et la dispense de cautionnement pour dépens ont été expressément prévues au paragraphe 2 de l’article 16. Les éléments tels que l’assistance gratuite d’un interprète sont envisagés par l’emploi de l’expression «y compris», dans ce paragraphe.

[31] L’article 16 ne définit pas une procédure spéciale ni ne prévoit des procédures spéciales pour les réfugiés. Bien au contraire: en donnant aux réfugiés le droit à un traitement égal devant les tribunaux, il reconnaît implicitement que les réfugiés sont soumis aux procédures en vigueur dans le pays où ils ont leur résidence habituelle. L’article 16 n’impose pas à l’État l’obligation d’offrir aux réfugiés, parce qu’ils sont des réfugiés, les procédures les plus favorables qui puissent être mises en place.

[32] There is no doubt that the right to apply for leave is a right of access to courts. Leave requirement is a usual procedure in Canadian law and it is, in Canadian terms, an accepted form of access to the courts of the country. No suggestions were made that in Canada refugees do not have free access to the leave requirement procedure within the meaning of the Convention: counsel did not argue that legal aid and interpretation services were not available or that security for costs need be given and counsel has not referred the Court to any sort of obstacle contemplated by the Convention that would prevent a refugee from requesting leave to seek judicial review.

[33] Article 32 (Expulsion) is found in Chapter V, “Administrative Measures”. It is not clear to me that it relates to the judicial review process available once a decision is made to expel a refugee. If it does, there is no doubt, in my view, that the leave requirement accords with due process of law.

[34] The only novel issue raised in this appeal with respect to the constitutionality of the leave requirement is the failure to impose an obligation to give reasons when denying leave. I say it is a novel issue because it was not formally raised in *Bains*, although counsel and the Court were certainly well aware of the general practice of the Court to deny leave without giving reasons.

[35] That neither the Court nor counsel seemed to be concerned with that practice is hardly surprising. It was then settled law that judicial decisions are not subject to the requirement of giving formal reasons (see *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at page 233) and in my view nothing which was said in *Baker* at paragraph 35 ff. with respect to the requirement that in certain circumstances reasons be provided for administrative decisions, leads to the import of such a requirement with respect to judicial decisions denying leave to seek judicial review.

[32] Il ne fait aucun doute que le droit de demander une autorisation est un droit d’ester en justice. La procédure de demande d’autorisation est une procédure courante en droit canadien et elle est, en des termes canadiens, une forme acceptée d’accès aux tribunaux du pays. Il n’a pas été avancé qu’au Canada les réfugiés n’ont pas le libre accès à la procédure de demande d’autorisation selon ce que prévoit la Convention: l’avocate de l’appelant n’a pas prétendu que l’assistance judiciaire et les services d’interprétation n’étaient pas accessibles ou qu’un cautionnement pour dépens devait être déposé, et elle n’a indiqué à la Cour aucune forme d’obstacle envisagé par la Convention qui pourrait empêcher un réfugié de demander l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire.

[33] L’article 32 (Expulsion) se trouve au chapitre V, «Mesures administratives». Il ne m’apparaît pas évident que cet article se rapporte à la procédure de contrôle judiciaire qui est applicable après que la décision est prise d’expulser un réfugié. Si effectivement il se rapporte à cette procédure, alors il ne fait aucun doute à mon avis que le principe de la demande d’autorisation s’accorde avec l’application régulière de la loi.

[34] Le seul point inédit soulevé dans le présent appel au regard de la constitutionnalité du principe de la demande d’autorisation est l’absence d’une obligation de motiver un refus d’autorisation. Je dis que c’est un point inédit parce qu’il n’a pas été formellement soulevé dans l’arrêt *Bains*, bien que les avocats et la Cour fussent certainement au fait de la pratique générale de la Cour consistant à refuser une autorisation sans donner de motifs.

[35] Il n’est guère surprenant que ni la Cour ni les avocats ne se soient penchés sur cette pratique. Il était alors bien établi en droit que les décisions judiciaires ne sont pas soumises à l’obligation d’exposer des motifs en bonne et due forme (voir l’arrêt *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la page 233), et à mon avis les attendus de l’arrêt *Baker*, aux paragraphes 35 et suivants, sur la nécessité de motiver dans certains cas les décisions administratives n’emportent en aucune façon une telle obligation pour les décisions judiciaires qui refusent l’autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire.

[36] The attack on the constitutionality of the leave requirement prescribed by section 82.1 of the *Immigration Act* has no chance of success.

[37] The statement of claim was properly struck out in its entirety as it was on the one hand an abuse of the process of the Court and as it did not, on the other hand, raise any reasonable cause of action.

[38] The appeal will therefore be dismissed with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[36] La contestation de la constitutionnalité du principe de la demande d'autorisation dont il est question à l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* n'a aucune chance de succès.

[37] La déclaration a été valablement radiée dans son intégralité vu qu'elle constituait d'une part un abus de la procédure et qu'elle ne révélait d'autre part aucune cause d'action valable.

[38] L'appel sera donc rejeté, avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: J'y souscris.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: J'y souscris.

T-97-99
2001 FCT 1247

T-97-99
2001 CFPI 1247

Michael Taylor (*Applicant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

and

Canadian Judicial Council (*Intervener*)

INDEXED AS: TAYLOR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Blanchard J.—Toronto, May 16; Ottawa, November 14, 2001.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — (1) Standard of Review — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson's decision to merely express disapproval of Judge's conduct, not take further action — Applying pragmatic, functional approach, standard of review "patent unreasonableness" — (i) Although Judges Act not containing privative clause, absence of appeal procedure suggesting intention decision to be left exclusively, finally to Council — (ii) Experience each judge bringing to Council unique — Council only body with statutory power to conduct inquiries, investigations into conduct of judges of superior courts, make recommendations leading to removal — Demonstrated experience in dealing with issues of judicial conduct — Unique, specialized experience militating in favour of high degree of deference — (iii) Deference warranted when statute calling for tribunal to exercise specialized and expert function, balance complex series of competing demands, exercise protective role regarding public, play role in policy development — Chairperson must consider large number of interlocking, interacting interests, considerations requiring application of expertise found only in members of Council — Had to weigh competing factors flowing from overarching principles of natural justice, fairness, protection of public interest, judicial independence — Judicial restraint on review indicated — (iv) Chairperson dealing with mixed question of fact, law — Rationale that less deference given on questions of law inapplicable as Chairperson, Council members familiar with issues of law — Chairperson must apply knowledge of law, unique expertise as chief justice to question of mixed law, fact involving consideration of number of polycentric issues — Reviewing court should exercise considerable deference in reviewing Chairperson's decision — (2) No duty of fairness owed complainant since none of criteria in Knight v. Indian Head School Division No. 19 met i.e. investigative, not adjudicative function; minimal right of participation by complainant who only has right to file complaint, be kept informed; Chairperson's decision not affecting complainant's

Michael Taylor (*demandeur*)

c.

Procureur général du Canada (*défendeur*)

et

Conseil canadien de la magistrature (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: TAYLOR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Blanchard—Toronto, 16 mai; Ottawa, 14 novembre 2001.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — 1) Norme de contrôle — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Suivant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable était celle de la décision «manifestement déraisonnable» — (i) La Loi sur les juges ne renferme pas une clause privative, mais le fait que la Loi ne prévoit aucune procédure d'appel indique que le législateur voulait que la décision relève exclusivement et d'une façon définitive du Conseil — (ii) L'expérience que chaque juge apporte au Conseil est unique — Le Conseil est le seul organisme autorisé, en vertu de la loi, à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures et à faire des recommandations susceptibles d'entraîner la révocation d'un juge — Il a démontré avoir l'expérience voulue pour examiner les questions de conduite judiciaire — Son expertise unique et spécialisée milite en faveur d'un degré élevé de retenue — (iii) Il convient de faire preuve de retenue lorsqu'une loi exige qu'un tribunal exerce une fonction spécialisée ou une fonction d'expert, apprécie une série complexe de demandes contradictoires, joue un rôle protecteur vis-à-vis du public et joue un rôle en matière d'établissement des politiques — Le président doit examiner un grand nombre d'intérêts entremêlés et interdépendants et de facteurs exigeant l'application d'une expertise que seuls les membres du Conseil possèdent — Il devait apprécier divers facteurs contradictoires découlant des principes fondamentaux de la justice naturelle, de l'équité, de la protection de l'intérêt public et de l'indépendance judiciaire — Il faut faire preuve de retenue dans le cadre de l'examen de la décision — (iv) Le président devait régler une question de fait et de droit — La prémisse justifiant un degré moins élevé de retenue à l'égard des questions de droit ne s'appliquait pas car le président et les membres du Conseil ont acquis une connaissance des questions de droit — Le président doit appliquer sa connaissance du droit et l'expertise unique qu'il possède à

rights — Regardless, duty of fairness met, based on application of five factors in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — (3) Chairperson not conducting improper reconsideration or “appeal” of his decision — Not raising reasonable apprehension of bias.

Administrative Law — Judicial Review — Mandamus — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson’s decision to merely express disapproval of judge’s conduct, not take further action — Applicant seeking to compel Chairperson to conduct full investigation into complaint against judge — Judges Act, Regulations, Canadian Judicial Council’s by-laws not providing for mandatory formal investigation at request of complainant — As no public duty on Council, Chairperson to conduct full investigation at request of complainant, mandamus cannot issue.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson’s decision to merely express disapproval of Judge’s conduct, not take further action — Applicant relying on Robichaud v. Canada (Treasury Board) for proposition Council, by condoning judge’s actions (prohibiting male head cover in courtroom), vicariously violated applicant’s Charter rights — Robichaud standing for proposition employer may be vicariously liable for actions of employee under Canadian Human Rights Act — Council neither Judge’s employer nor exercising control over Judge that would engage vicarious liability for actions — Independence of judiciary fundamental constitutional principle — Judge’s acts, comments not engaging liability of Council — Evidence not supporting contention Chairperson condoning Judge’s action.

Judges and Courts — Judicial review of Canadian Judicial Council Chairperson’s decision to merely express disapproval

titre de juge en chef à une question de fait et de droit qui comporte un examen d’un certain nombre de questions polycentriques — Le tribunal d’examen doit faire preuve d’énormément de retenue lorsqu’il examine la décision du président — 2) Il n’existe aucune obligation d’équité envers le plaignant puisque celui-ci ne satisfait à aucun des critères énoncés dans l’arrêt Knight c. Indian Head School Division No. 19, c.-à-d., l’existence de fonctions d’enquête plutôt que décisionnelles; une participation minimale du plaignant, qui a uniquement le droit de déposer une plainte et d’être informé; la décision du président n’influe pas sur les droits du plaignant — Néanmoins, cette obligation d’équité a été respectée à la lumière de l’application des cinq facteurs énoncés dans l’arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) — 3) Le président n’a pas effectué un réexamen irrégulier ou n’a pas procédé à un «appel» irrégulier de la décision qu’il avait prise — Son action n’a suscité aucune crainte raisonnable de partialité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s’est contenté d’exprimer sa désapprobation de la conduite d’un juge sans prendre d’autres mesures — Le demandeur sollicitait une ordonnance enjoignant au président de mener une enquête complète sur la plainte contre le juge — La Loi sur les juges, son règlement d’application et les règlements administratifs du Conseil ne prévoient pas la tenue d’une enquête formelle obligatoire à la demande du plaignant — Comme il n’existe aucune obligation publique de la part du Conseil ou du président de mener une enquête complète à la demande du plaignant, aucune ordonnance de mandamus ne peut être rendue.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature s’est contenté d’exprimer sa désapprobation de la conduite d’un juge sans prendre d’autres mesures — Le demandeur s’est fondé sur l’arrêt Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor) pour soutenir que le Conseil, en fermant les yeux sur les actions du juge (l’interdiction pour les hommes de porter un chapeau), avait violé par délégation les droits qui lui sont reconnus par la Charte — L’arrêt Robichaud étaye la thèse selon laquelle en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, l’employeur peut être tenu responsable par délégation à l’égard des actes d’un employé — Le Conseil n’est pas l’employeur du juge et il n’exerçait sur le juge aucun contrôle susceptible de déclencher une responsabilité du fait d’autrui à l’égard des actions de ce dernier — L’indépendance des juges est un principe constitutionnel fondamental — Les actes et remarques d’un juge n’engagent pas la responsabilité du Conseil — La preuve n’étaye pas la prétention que le président a fermé les yeux sur les actions du juge.

Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature

of Judge's conduct, not take further action — Council's by-laws specifically permitting Chairperson to express disapproval of judge's conduct in closing complaint file when impugned conduct insufficient to warrant judge's removal, and judge recognizing conduct inappropriate, improper — Chairperson followed letter, spirit of by-laws in every respect — No support in fact, law for allegation to contrary — Chairperson's decision reasonably open to him and exercise of discretion within his jurisdiction — Argument Council vicariously liable for judge's conduct rejected — Council neither judge's employer nor exercising control over his conduct — Fundamental constitutional principle that judges independent — even of other judges.

This was an application for judicial review of the decision of the Chairperson of the Canadian Judicial Council expressing disapproval of the conduct of Mr. Justice Whealy of the Ontario Superior Court, but not deeming the conduct sufficiently serious to warrant further action. Whealy J., when presiding over the criminal trial of an African-Canadian activist issued an order precluding the admission to the courtroom of males wearing head cover. As a result, the applicant, a Muslim who covers his head with a headdress as part of his religious belief and practice, was unable to attend the trial. When the applicant submitted a complaint about Whealy J.'s conduct, the Council initially decided that it would not take any action. The Council subsequently refused to reconsider that decision, but added that should the Ontario Court of Appeal comment adversely about the conduct, the Council could consider whether its jurisdiction to recommend removal from office was engaged. In its decision on the criminal appeal of the activist, the Court of Appeal indicated that the trial judge had erred in excluding certain members of the public from the courtroom, but held that it was not necessary to determine whether this ground of appeal constituted a reversible error. The Council then reconsidered the complaint, and received a submission from Whealy J. The Chairperson expressed disapproval of Whealy J.'s conduct, but did not consider it sufficiently serious to warrant recommending that he be removed from office.

The issues upon this judicial review application were: (1) what is the appropriate standard of review of a decision of the Chairperson of the Canadian Judicial Council; (2) whether the Council's refusal to hold an inquiry into Whealy J.'s conduct denied the applicant his right to equal protection and equal benefits of the law, contrary to Charter, subsection 15(1); (3) whether the Chairperson acted contrary to the *Judges Act* and

s'est contenté d'exprimer sa désapprobation de la conduite d'un juge sans prendre d'autres mesures — Les règlements du Conseil permettent expressément au président d'exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge lorsqu'il ferme le dossier de plainte s'il conclut que la conduite reprochée n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation du juge et si le juge en cause reconnaît que sa conduite était déplacée ou répréhensible — Le président a respecté l'esprit et la lettre des règlements administratifs à tous les égards — Aucun élément en fait ou en droit à l'appui de l'allégation contraire — Le président pouvait avec raison prendre la décision qu'il a prise et il a exercé son pouvoir discrétionnaire dans les limites de ses attributions — L'argument selon lequel le Conseil était responsable par délégation de la conduite du juge a été rejeté — Le Conseil n'est pas l'employeur du juge et il n'exerçait aucun contrôle à l'égard de sa conduite — Selon un principe constitutionnel fondamental, les juges sont indépendants, même d'autres juges.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Conseil canadien de la magistrature a exprimé de la désapprobation à l'égard de la conduite du juge Whealy, de la Cour supérieure de l'Ontario, mais n'a pas considéré cette conduite suffisamment grave pour justifier la prise d'autres mesures. Lorsqu'il présidait le procès criminel d'un militant canadien-africain, le juge Whealy a rendu une ordonnance interdisant l'admission dans la salle d'audience des hommes qui portaient un chapeau. Le demandeur, un musulman qui porte un couvre-chef à cause de ses croyances et pratiques religieuses, n'a donc pas pu assister au procès. Lorsque le demandeur a porté plainte au sujet de la conduite du juge Whealy, le Conseil a initialement décidé qu'il ne prendrait aucune mesure. Le Conseil a par la suite refusé de réexaminer cette décision, mais il a ajouté que si la Cour d'appel de l'Ontario faisait des commentaires négatifs à l'égard de la conduite, il pouvait déterminer si celle-ci relevait de sa compétence pour recommander la révocation. Dans sa décision sur l'appel interjeté au criminel par le militant, la Cour d'appel a indiqué que le juge du procès avait commis une erreur en excluant certains membres du public de la salle d'audience, mais elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si ce moyen d'appel établissait l'existence d'une erreur susceptible de révision. Le Conseil a alors réexaminé la plainte et a reçu des observations de la part du juge Whealy. Le président a fait savoir au juge Whealy qu'il n'approuvait pas sa conduite, mais il ne la considérait pas comme suffisamment grave pour justifier une recommandation visant la révocation.

Les questions soulevées dans cette demande de contrôle judiciaire étaient les suivantes: 1) Quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision du président du Conseil canadien de la magistrature? 2) Le refus du Conseil de mener une enquête sur la conduite du juge Whealy a-t-il eu pour effet de dénier au demandeur le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, en violation du

the Council's applicable by-laws by merely expressing disapproval of Whealy J.'s conduct and refusing to fully investigate and refer the matter to a panel for inquiry; (4) whether the Chairperson owed a duty of fairness to the applicant, and if so, whether there was a breach of that duty; (5) whether the Chairperson's refusal to investigate the initial complaint raised a reasonable apprehension of bias that would preclude him from dealing with the complaint; and (6) whether *mandamus* can issue against the Council or Chairperson compelling the Council to conduct a full investigation into the complaint.

Held, the application should be dismissed.

(1) The question of standard of review turned on the pragmatic and functional analysis, the purpose of which is to determine the legislative intent of the statute and the nature of the question before the tribunal. Four factors to be weighed are: (i) the existence of a privative clause; (ii) the level of expertise of the Board; (iii) the purpose of the Act as a whole and the provision in particular; and (iv) the nature of the problem.

(i) Although the *Judges Act* does not contain a full privative clause and does not directly address the intended standard of review, the absence of any appeal procedure in the Act suggests that the legislator intended that the decision to "recommend" or not that a judge be removed from office be left exclusively and finally to the Council.

(ii) The Council is composed of the Chief Justice of Canada, the Chief and Associate Chief Justices of each of the superior courts or branch or division thereof; the senior judges of Supreme Courts of Canada's Territories, the Chief Justice of the Court Martial Appeal Court; and the Chief Judge and Associate Chief Judge of the Tax Court. The Chairperson is a Chief Justice. Chief Justices assume the roles of judge, court administrator, head of the judiciary of the court concerned and public representative. The Council is charged with the responsibility of promoting efficiency and uniformity and improving the quality of judicial service in the courts of Canada. The specialized expertise of the Chairperson and the members of the Council stems from their knowledge of the law and experience acquired as sitting superior court judges, and from their experience as chief justice of their respective courts and the specific statutory jurisdiction conferred by the *Judges Act* on the Council in matters of judicial conduct. The experience that each chief justice brings to the Council is unique and is the result of dealing with innumerable individual circumstances with judges and the administration of courts in their respective jurisdictions. These senior judges constitute the only body with the statutory power to conduct inquiries

paragraphe 15(1) de la Charte?; 3) Le président a-t-il agi en violation de la *Loi sur les juges* et des règlements administratifs applicables au Conseil en se contentant d'exprimer sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy et en refusant d'enquêter pleinement et de renvoyer l'affaire à un tribunal pour enquête? 4) Le président avait-il une obligation d'équité envers le demandeur et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à cette obligation? 5) Le refus du président d'enquêter sur la plainte initiale a-t-il suscité une crainte raisonnable de partialité l'empêchant de statuer sur la plainte? et 6) Une ordonnance de *mandamus* peut-elle être rendue à l'encontre du Conseil ou du président en vue d'enjoindre au Conseil de mener une enquête complète sur la plainte?

Arrêt: la demande est rejetée.

1) La question de la norme de contrôle était fondée sur l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui vise à permettre de déterminer l'intention du législateur et la nature de la question dont le tribunal est saisi. Il faut apprécier les quatre facteurs suivants: (i) l'existence d'une clause privative; (ii) le degré d'expertise du tribunal; (iii) l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause; et (iv) la nature du problème.

(i) La *Loi sur les juges* ne renferme pas une clause privative intégrale et ne traite pas directement de la norme de contrôle à appliquer, mais le fait que la Loi ne prévoit aucune procédure d'appel indique que le législateur voulait que la décision de «faire une recommandation» au sujet de la révocation d'un juge relève exclusivement et d'une façon définitive du Conseil.

(ii) Le Conseil est composé du Juge en chef du Canada; des juges en chef, juges en chef associés et juges en chef adjoints des juridictions supérieures ou de leurs sections ou chambres; des juges principaux des cours suprêmes du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, du juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada; et des juge en chef et juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt. Le président est un juge en chef. Les juges en chef assument le rôle de juge, d'administrateur judiciaire, de chef de l'appareil judiciaire de la cour concernée et de représentant du public. Le Conseil a pour mission d'améliorer le fonctionnement des tribunaux au Canada ainsi que la qualité de leurs services judiciaires et de favoriser l'uniformité dans l'administration de la justice devant ces tribunaux. L'expertise spécialisée du président et des membres du Conseil découle de leur connaissance du droit et de l'expérience qu'ils ont acquise en siégeant à titre de juges de cours supérieures ainsi que de leur expérience à titre de juges en chef des cours respectives et de la compétence expressément conférée au Conseil par la *Loi sur les juges* sur les questions de conduite judiciaire. L'expérience que chaque juge en chef apporte au Conseil est unique et résulte du fait que ce juge examine de nombreux cas

and investigations into the conduct of judges of the superior courts or of the Tax Court of Canada and make recommendations that could lead to the removal of a judge. That the Council deals with numerous complaints each year demonstrated experience in dealing with issues of judicial conduct. Such experience cannot be gained by a judge who is not a member of the Council and who is not exposed to such issues. The unique and specialized expertise required of the Chairperson and members of the Council militates in favour of a high degree of deference by a court called upon to review the decisions of its delegate, the Chairperson.

(iii) The purpose of the Act and expertise often overlap. Deference is warranted when a statute calls for a tribunal to exercise a specialized and expert function, to balance a complex series of competing demands and interests, to exercise a protective role regarding the public and play a role in policy development. The Chairperson had to weigh a variety of competing factors flowing from the overarching principles of natural justice, fairness, protection of the public interest and judicial independence including accessibility of the public to the courts, the need to maintain order in the courtroom, the proper administration of justice, the need to affirm and recognize religious plurality and the need to demonstrate sensitivity to the rights of minority groups. The statutory framework and the administrative structure within which the Chairperson had to work indicated that judicial restraint should be exercised on review of the Chairperson's decision.

(iv) The Chairperson had to deal with a mixed question of fact and law. He had to engage in fact-finding and apply ethical and legal principles to the resulting findings of fact. The premise for less deference on issues of law did not apply. The rationale advanced for less deference is that the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. The Chairperson and members of the Council have developed familiarity with issues of law. In order to give full effect to the administrative process provided for in the *Judges Act*, a reviewing court should exercise considerable deference in reviewing the Chairperson's decision. The Court should intervene only if the assessment made was clearly in error or seriously unfair.

The applicable standard of review of the decision of the Chairperson is patent unreasonableness.

(2) The applicant argued that by condoning Whealy J.'s conduct, the Council vicariously violated the applicant's

individuels en ce qui concerne les juges et l'administration des tribunaux dans son ressort. Ces juges principaux sont les seuls qui sont autorisés, en vertu de la loi, à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures ou de la Cour canadienne de l'impôt et à faire des recommandations susceptibles d'entraîner la révocation d'un juge. Le fait que le Conseil examine de nombreuses plaintes chaque année a démontré qu'il a l'expérience voulue pour examiner les questions de conduite judiciaire. Un juge qui n'est pas membre du Conseil et qui ne fait pas face à pareilles questions ne peut pas acquérir une telle expérience. L'expertise unique et spécialisée requise du président et des membres du Conseil milite en faveur d'un degré élevé de retenue de la part du tribunal chargé d'examiner les décisions de son fondé de pouvoir, à savoir le président.

(iii) L'objet de la loi et l'expertise se confondent souvent. Il convient de faire preuve de retenue lorsqu'une loi exige qu'un tribunal exerce une fonction spécialisée ou une fonction d'expert, apprécie une série complexe de demandes et d'intérêts contradictoires, joue un rôle protecteur vis-à-vis du public et joue un rôle en matière d'établissement des politiques. Le président devait apprécier divers facteurs contradictoires découlant des principes fondamentaux de la justice naturelle, de l'équité, de la protection de l'intérêt public et de l'indépendance judiciaire, y compris l'accessibilité du public aux tribunaux, la nécessité de maintenir l'ordre dans la salle d'audience, la bonne administration de la justice, la nécessité de confirmer et de reconnaître la pluralité religieuse et la nécessité de faire preuve de sensibilité à l'égard des droits des groupes minoritaires. Le cadre légal et la structure administrative que le président devait respecter indiquaient qu'il fallait faire preuve de retenue dans le cadre de l'examen de la décision de ce dernier.

(iv) Le président devait régler une question de fait et de droit. Il devait faire enquête sur les faits et appliquer aux conclusions de fait en résultant les principes de déontologie et de droit. La prémisse justifiant un degré moins élevé de retenue à l'égard des questions de droit ne s'appliquait pas. Selon le raisonnement qui a été fait à ce sujet, le juge des faits n'a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. Le président et les membres du Conseil ont acquis une connaissance des questions de droit. Afin de donner plein effet à la procédure administrative prévue par la *Loi sur les juges*, le tribunal d'examen doit faire preuve d'énormément de retenue lorsqu'il examine la décision du président. La Cour ne devrait intervenir que si l'appréciation effectuée était clairement erronée ou sérieusement inéquitable.

La norme de contrôle qui s'applique à la décision du président est celle de la décision manifestement déraisonnable.

2) Le demandeur a affirmé qu'en fermant les yeux sur la conduite du juge Whealy, le Conseil avait violé par délégation

Charter rights. The Council is neither Whealy J.'s employer nor did it exercise any control over the judge that would engage vicarious liability for his actions. It is a fundamental constitutional principle that judges are and must be independent of influence, be it from government, any other person, private interests and even other judges. Therefore, acts and comments of a judge cannot engage the liability of the Council. The Council was not vicariously liable for the Judge's conduct. Also, the evidence did not support the contention that the Chairperson condoned Whealy J.'s action. The Chairperson was exercising his authority independent of influence from Whealy J. or anyone else and carried out his duties as contemplated by the *Judges Act* and its by-laws.

The Council and Chairperson are required to exercise their discretion in accordance with the Charter, but there is no basis in law or in the applicable legislation to support the argument that the Chairperson was obligated to conduct an inquiry, make a finding that Whealy J. did breach the Charter and order that a formal investigation under *Judges Act*, section 63 be held.

The applicant had not suffered any deprivation of his Charter section 2, 15 or 27 rights.

(3) The Council's by-laws specifically permit the Chairperson to express disapproval of a judge's conduct in the course of closing a complaint file when he or she concludes that the impugned conduct was insufficient to warrant the judge's removal and the judge in question recognizes that his or her conduct was inappropriate or improper. The Chairperson followed the letter and spirit of the by-laws in every respect, and the applicant provided no support in fact or law for his allegation to the contrary.

(4) Three factors must be examined in determining whether a duty of fairness exists: the nature of the decision to be made by the administrative body; the relationship existing between that body and the individual; and the effect of that decision on the individual's rights. The Chairperson has investigative powers. The *Judges Act* does not confer an adjudicative function on the Council or its committees. The complaint process contemplated in the *Judges Act* is not aimed at adjudicating complaints, but is a process to investigate complaints to determine whether a judge's conduct warrants recommendation of removal. Minimal participation by the complainant is contemplated. A complainant has a right to file a complaint and to be kept informed. Any recommendation of the Chairperson and Council cannot possibly affect the rights of the complainant. Procedural fairness requires no further opportunity for the complainant to be heard. Since none of the

les droits qui lui sont reconnus par la Charte. Le Conseil n'est pas l'employeur du juge Whealy et il n'exerçait sur le juge aucun contrôle susceptible de déclencher une responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actions de ce dernier. Selon un principe constitutionnel fondamental, les juges sont et doivent être à l'abri de toute influence, qu'elle soit exercée par le gouvernement, par une autre personne, par des intérêts personnels ou même par d'autres juges. Les actes et remarques d'un juge ne peuvent donc pas engager la responsabilité du Conseil. Le Conseil n'était pas responsable par délégation de la conduite du juge. De plus, la preuve n'était pas la prétention que le président a fermé les yeux sur les actions du juge Whealy. Le président a exercé son pouvoir indépendamment de toute influence de la part du juge Whealy ou de toute autre personne et il a exercé ses fonctions telles qu'elles étaient prévues par la *Loi sur les juges* et par les règlements administratifs.

Le Conseil et le président sont tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte, mais il n'y a rien en droit ou dans la législation applicable qui puisse étayer la prétention que le président était obligé de mener une enquête, de conclure que le juge Whealy avait violé la Charte et d'ordonner la tenue d'une enquête formelle en vertu de l'article 63 de la *Loi sur les juges*.

Le demandeur n'a pas été privé des droits qui lui sont reconnus aux articles 2, 15 ou 27 de la Charte.

3) Les règlements du Conseil permettent expressément au président d'exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge lorsqu'il ferme le dossier de plainte s'il conclut que la conduite reprochée n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation du juge et si le juge en cause reconnaît que sa conduite était déplacée ou répréhensible. Le président a respecté l'esprit et la lettre des règlements administratifs à tous les égards et le demandeur n'a fourni aucun élément en fait ou en droit à l'appui de l'allégation contraire qu'il avait faite.

4) Il faut examiner trois facteurs en déterminant si une obligation d'équité existe: la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question; la relation existant entre cet organisme et le particulier; et l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Le président a des pouvoirs d'enquête. La *Loi sur les juges* ne confère aucune fonction décisionnelle au Conseil ou à ses comités. La procédure prévue par la *Loi sur les juges* à l'égard des plaintes ne vise pas à disposer des plaintes; il s'agit plutôt d'une procédure d'enquête sur les plaintes, destinée à permettre de déterminer si la conduite d'un juge justifie une recommandation visant sa révocation. Une participation minimale de la part du plaignant est envisagée. Le plaignant a le droit de déposer une plainte et d'être informé. Aucune recommandation du président et du Conseil ne peut influencer sur les droits du plaignant. L'équité procédurale n'exige pas que

three criteria was met, no duty of fairness was owed.

Even if a duty of fairness was owed, the content of the duty was met. The Council's procedure allowed the complainant to put before it any allegation of misconduct and evidence in support of the allegation. The complainant wrote to the Council on at least three occasions to make submissions with respect to the complaint, and the Council received and considered these submissions.

(5) The Chairperson did not conduct an improper reconsideration or "appeal" of his decision and thus his action did not raise a reasonable apprehension of bias. After the original closing of the file, the Chairperson indicated in a letter to the complainant that the Council would be prepared to reconsider its position should the Ontario Court of Appeal comment adversely on Whealy J.'s conduct. Ultimately the Chairperson closed the file with an expression of disapproval, essentially rescinding his initial position and demonstrating his open-mindedness rather than bias. The Chairperson throughout the process maintained an open mind and was free of bias and would be so perceived by an informed person observing the matter reasonably.

(6) In order to obtain the remedy of *mandamus*, the applicant must establish that there existed a public duty on the Council or Chairperson to act and that this duty was owed to him. The *Judges Act*, its Regulations and Council's by-laws do not provide for a mandatory formal investigation at the request of a complainant. A complainant, under the by-laws, has the right to have his or her complaint in writing considered and to be notified of the decision. There is no public duty on the Council or the Chairperson to conduct a full investigation at the request of the complainant. *Mandamus* cannot issue.

l'on donne au plaignant une possibilité plus ample de se faire entendre. Comme aucun des trois critères n'a été respecté, il n'existait aucune obligation d'équité.

Même s'il existait une obligation d'équité, le contenu de l'obligation a été satisfait. La procédure suivie par le Conseil permettait au plaignant de lui soumettre toute accusation d'inconduite ainsi que des éléments de preuve à l'appui de l'accusation. Le plaignant a écrit au Conseil à au moins trois reprises en vue de faire valoir ses arguments au sujet de la plainte, et le Conseil a reçu et examiné ces arguments.

5) Le président n'a pas effectué un réexamen irrégulier ou n'a pas procédé à un «appel» irrégulier de la décision qu'il avait prise et, par conséquent, son action n'a suscité aucune crainte raisonnable de partialité. Après avoir initialement fermé le dossier, le président a fait savoir par lettre au plaignant que le Conseil était prêt à réexaminer sa position si la Cour d'appel de l'Ontario faisait des remarques défavorables au sujet de la conduite du juge Whealy. En fin de compte, le président a fermé le dossier en exprimant sa désapprobation, revenant essentiellement sur sa position initiale et démontrant une certaine ouverture d'esprit plutôt que de la partialité. Le président a toujours eu l'esprit ouvert et s'est toujours montré impartial et c'est ainsi qu'une personne bien renseignée étudiant l'affaire d'une façon raisonnable envisagerait la situation.

6) Afin d'obtenir l'ordonnance de *mandamus*, le demandeur doit établir que le Conseil ou le président avait une obligation publique d'agir, et qu'il avait une telle obligation à son égard. La *Loi sur les juges*, son règlement d'application et les règlements administratifs du Conseil ne prévoient pas la tenue d'une enquête formelle obligatoire à la demande du plaignant. En vertu des règlements administratifs du Conseil, le plaignant a le droit de faire examiner sa plainte par écrit et d'être avisé de la décision. Il n'existe aucune obligation publique de la part du Conseil ou du président de mener une enquête complète à la demande du plaignant. Aucune ordonnance de *mandamus* ne peut être rendue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 15, 27.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1)(c) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 99.

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

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. 2, 15, 27.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(1)(c) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49).

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 99.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 59 (as am. by S.C. 1996, c. 30, s. 6; 1999, c. 3, s. 77), 61(3), 63 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 27), 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5), 71.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 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; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; 24 Q.A.C. 244; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; (1995), 130 D.L.R. (4th) 1; 35 Admin. L.R. (2d) 1; 33 C.R.R. (2d) 269; 190 N.R. 1; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3; (2001), 30 Admin. L.R. (3d) 171; 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 270 N.R. 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 78 F.T.R. 214 (T.D.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46.

DISTINGUISHED:

Robichaud v. Canada (Treasury Board), [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

CONSIDERED:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 128 C.C.C. (3d) 516; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1;

(édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 59 (mod. par L.C. 1996, ch. 30, art. 6; 1999, ch. 3, art. 77), 61(3), 63 (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 27), 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5), 71.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 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; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; 24 Q.A.C. 244; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; (1995), 130 D.L.R. (4th) 1; 35 Admin. L.R. (2d) 1; 33 C.R.R. (2d) 269; 190 N.R. 1; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3; (2001), 30 Admin. L.R. (3d) 171; 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 270 N.R. 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 78 F.T.R. 214 (1^{re} inst.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 128 C.C.C. (3d) 516; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1;

46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

REFERRED TO:

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; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Chairperson of the Canadian Judicial Council expressing disapproval of the conduct of an Ontario Superior Court judge, but not deeming the conduct sufficiently serious to warrant further action. Application dismissed.

APPEARANCES:

P. Rosenthal and *Marie E. L. Chen* for applicant.

Michael H. Morris and *Richard A. Kramer* for respondent.

Nancy K. Brooks and *Gordon K. Cameron* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

P. Rosenthal, Centre for Research-Action on Race Relations, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Blake, Cassels & Graydon, Ottawa, for intervener.

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

[1] BLANCHARD J.: Michael Taylor is of the Muslim faith and claims to be a spiritual leader within the African-Canadian community. Mr. Taylor covers his head with a headdress called a "kufi" as part of his religious belief and practice. Mr. Justice Whealy of the Ontario Superior Court was presiding over the trial of Dudley Laws a well-known leader in the African-Canadian community. On November 23, 1993, Mr. Justice Whealy issued an order to the effect that males wearing head cover could not be admitted to the

46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

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; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du président du Conseil canadien de la magistrature, qui a exprimé sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario, mais qui n'a pas considéré cette conduite suffisamment grave pour prendre toute autre mesure. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

P. Rosenthal et *Marie E. L. Chen* pour le demandeur.

Michael H. Morris et *Richard A. Kramer* pour le défendeur.

Nancy K. Brooks et *Gordon K. Cameron* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

P. Rosenthal, Centre for Research-Action on Race Relations, Toronto, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Blake, Cassels & Graydon, Ottawa, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE BLANCHARD: Michael Taylor est un musulman qui affirme être chef spirituel au sein de la collectivité canadienne africaine. Il porte un couvre-chef connu sous le nom de «kufi» à cause de ses croyances et pratiques religieuses. Le juge Whealy, de la Cour supérieure de l'Ontario, présidait le procès de Dudley Laws, un dirigeant bien connu de la collectivité canadienne africaine. Le 23 novembre 1993, le juge Whealy a rendu une ordonnance portant que les hommes qui portaient un chapeau ne pouvaient pas être admis

courtroom, Michael Taylor was therefore unable to attend the trial of Mr. Laws. Mr. Justice Whealy maintained this position even after he was presented with a sworn affidavit from Mr. Taylor deposing that his “kufi” was worn as part of his religious practice.

[2] Mr. Taylor eventually filed a complaint against the conduct of Mr. Justice Whealy with the Canadian Judicial Council (the Council). The complaint was received and reviewed by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee (the Chairperson) who concluded on December 9, 1998, that the conduct complained of warranted an expression of disapproval but no formal inquiry or further action by the Council.

[3] The applicant, Michael Taylor, seeks judicial review of the December 9, 1998 decision of the Chairperson of the Council.

Background facts

[4] Mr. Justice Whealy, while presiding over the criminal trial of African-Canadian activist Dudley Laws on November 15, 1993, observed that some people in his courtroom were wearing hats and ordered that either the hats be removed or that those people leave. He made the following statements and assertions:

Attire normally acceptable in school should be the standard. However, male heads must be bare and if females wear head cover, it must not interfere with other members of the public or be flamboyant.

Male heads must be bare—uncovering one’s head as a particular mark of respect is a tradition honoured by well over 90% of the population of Canada.

...

Some head coverings, by their shape, colour and design, are obvious and easily recognizable as signalling to the eye an adherent of a well-established and recognizable race, culture, national or religious community; one of those communities who is clearly within the purview of the Charter. I am unable to think of any such community who has adapted a headdress which lacks the dignity and uniformity that I have been speaking of. Even among those communities, headdress in court will only be permitted if it is an article of faith demanded by that well-established and recognizable religious community.

dans la salle d’audience; Michael Taylor n’a donc pas pu assister au procès de M. Laws. Le juge Whealy a maintenu sa position même après que M. Taylor lui eut présenté un affidavit dans lequel il déclarait porter un «kufi» en accord avec ses pratiques religieuses.

[2] M. Taylor s’est en fin de compte plaint de la conduite du juge Whealy auprès du Conseil canadien de la magistrature (le Conseil). La plainte a été reçue et examinée par le président du Comité sur la conduite judiciaire (le président) qui a conclu, le 9 décembre 1998, qu’il était justifié d’exprimer de la désapprobation à l’égard de la conduite reprochée, mais non de mener une enquête formelle ou de prendre une autre mesure.

[3] Le demandeur Michael Taylor sollicite le contrôle judiciaire de la décision que le président du Conseil a prise le 9 décembre 1998.

Les faits

[4] En présidant le procès criminel de l’activiste canadien africain Dudley Laws le 15 novembre 1993, le juge Whealy a remarqué que certaines personnes portaient un chapeau dans la salle d’audience; il a ordonné à ces personnes d’enlever leur chapeau ou de quitter la salle. Il a fait les déclarations et affirmations suivantes:

[TRADUCTION] Les vêtements qui peuvent normalement être portés à l’école devraient constituer la norme. Toutefois, les hommes doivent avoir la tête nue; quant aux femmes, si elles portent une coiffure, cette dernière ne doit pas être extravagante ou gêner les autres membres du public.

Les hommes doivent avoir la tête nue—le fait de se découvrir la tête en tant que marque particulière de respect est une tradition honorée par plus de 90 p. 100 de la population canadienne.

[. . .]

Certains couvre-chefs sont facilement reconnaissables par leur forme, leur couleur ou leur style, et ils indiquent que la personne qui les porte est membre d’une race, culture, communauté nationale ou religieuse qui est bien établie et reconnue; il s’agit de ces communautés qui sont clairement couvertes par la Charte. Il ne me vient pas à l’esprit qu’aucune de ces communautés aurait adopté un couvre-chef qui n’a pas l’aspect digne et uniforme que je viens de mentionner. Même parmi ces communautés, les couvre-chefs ne seront permis en présence du tribunal que s’il s’agit d’une marque de foi exigée par une communauté religieuse bien établie et reconnue.

[5] On November 22, 1993, the applicant while attending the trial as a spectator was approached by an officer of the Court and told that Mr. Justice Whealy did not permit persons to wear hats in his court. The applicant advised the officer that he was a Muslim and that wearing the “kufi” was part of his religious practice. The officer told the applicant that there were no exceptions and that he had to either remove his headdress or leave the court. The applicant left the courtroom.

[6] On the same day, Mr. Justice Whealy dealt with a motion by Mr. Laws’ counsel seeking an order that any person wearing a headdress for religious reasons could wear such a headdress during the trial. In his ruling Mr. Justice Whealy outlined suitable dress code criteria which included that “male heads must be bare and that, if females wear head cover, it must not interfere with other members of the public or be flamboyant.” He then went on to state those circumstances under which individuals could wear religious headdress in his courtroom.

[7] On December 10, 1993, the applicant swore an affidavit explaining the religious purpose of his head covering in support of a second motion before Mr. Justice Whealy to permit him to attend Mr. Laws’ trial. Mr. Justice Whealy in dismissing this application gave substantially the same reasons offered in his earlier ruling. Mr. Laws was eventually convicted at trial of most of the offences with which he was charged. An appeal would be taken to the Ontario Court of Appeal.

[8] A complaint regarding Mr. Justice Whealy’s conduct at the trial was filed by the applicant with the Ontario Human Rights Commission. The Ontario Human Rights Commission concluded that it could not investigate the complaint since its jurisdiction related to provincial matters and Ontario General Division judges (now Superior Court judges) were appointed by the federal government. The Ontario Human Rights Commission therefore found that it did not have jurisdiction to investigate.

[5] Le 22 novembre 1993, pendant que le demandeur assistait au procès à titre de spectateur, un officier de la Cour s’est approché de celui-ci et lui a fait savoir que le juge Whealy n’autorisait pas le port d’un chapeau dans la salle d’audience. Le demandeur a informé l’officier qu’il était musulman et que le port du «kufi» faisait partie de ses pratiques religieuses. L’officier a dit au demandeur qu’il n’y avait pas d’exceptions et qu’il devait enlever son couvre-chef ou quitter la salle. Le demandeur a quitté la salle d’audience.

[6] Le même jour, le juge Whealy a examiné une requête que l’avocat de M. Laws avait présentée en vue d’obtenir une ordonnance autorisant toute personne qui portait un couvre-chef pour des raisons religieuses à porter pareil couvre-chef pendant le procès. Dans sa décision, le juge Whealy a fixé le protocole vestimentaire à respecter, en indiquant notamment que [TRADUCTION] «des hommes doivent avoir la tête nue; quant aux femmes, si elles portent une coiffure, cette dernière ne doit pas être extravagante ou gêner les autres membres du public». Il a ensuite énoncé les circonstances dans lesquelles une personne pouvait porter un couvre-chef pour des raisons religieuses dans la salle d’audience.

[7] Le 10 décembre 1993, le demandeur a signé un affidavit dans lequel il expliquait les motifs religieux pour lesquels il portait son couvre-chef à l’appui d’une deuxième requête présentée devant le juge Whealy visant à lui permettre d’assister au procès de M. Laws. En rejetant cette demande, le juge Whealy a énoncé à peu près les mêmes motifs que ceux qu’ils avaient fournis dans sa décision antérieure. À la suite du procès, M. Laws a en fin de compte été déclaré coupable de la plupart des infractions dont il avait été accusé. Un appel a été interjeté devant la Cour d’appel de l’Ontario.

[8] Le demandeur s’est plaint de la conduite du juge Whealy au procès auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, qui a conclu qu’elle ne pouvait pas enquêter sur la plainte étant donné que sa compétence se rapportait à des questions provinciales et que les juges de la Division générale de la Cour de l’Ontario (maintenant juges de la Cour supérieure) étaient nommés par le gouvernement fédéral. La Commission ontarienne des droits de la personne a donc conclu qu’elle n’avait pas compétence pour mener une enquête.

[9] The applicant then complained of Mr. Justice Whealy's conduct to both the Council and to the Canadian Human Rights Commission. The Canadian Human Rights Commission concluded that paragraph 41(1)(c) [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, prevents the Commission from dealing with the applicant's complaint. This conclusion was upheld by both the Federal Court Trial and Appeal Divisions. Initially the Council advised the applicant that it would not take any action on his complaint, and on its behalf, the Executive Director stated in a letter dated December 28, 1994:

... the Canadian Judicial Council is not a court that can review decisions of judges made during the course of legal proceedings. These rulings may only be challenged by way of appeal to the Court of Appeal which you state is already underway.

Further, it is apparent that Mr. Justice Whealy took the steps he considered necessary to maintain order in his courtroom. His authority to make these rulings was the subject of a substantive motion which involved legal rights that cannot be decided or reviewed by this Council. It is obvious that Mr. Justice Whealy cannot be criticized for these rulings if he had lawful authority to make them and those questions should be considered by the Court of Appeal.

As a result, Chief Justice McEachern has instructed me to inform you that, for these reasons, this Council will not take any action upon your complaint.

[10] On January 6, 1995, the applicant's counsel, Mr. Rosenthal, asked the Council to reconsider its decision to take no action. The Council refused to do so saying that, "The in-court conduct of a judge is not immune from scrutiny by the Council in appropriate circumstances, but rulings made by judges in the independent discharge of their judicial function are best left with the appeal courts." The Council added that, "If the Court of Appeal should comment adversely about the conduct of a judge, this Council could well consider whether that conduct was such as would engage the jurisdiction of the Council which, as you know, is to determine whether a recommendation should be made that a judge should be removed from office."

[9] Le demandeur s'est ensuite plaint de la conduite du juge Whealy devant le Conseil et devant la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission canadienne des droits de la personne a conclu que l'alinéa 41(1)c) [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, l'empêchait de statuer sur la plainte du demandeur. Cette conclusion a été confirmée par les sections de première instance et d'appel de la Cour fédérale. Initialement, le Conseil a informé le demandeur qu'il ne prendrait pas de mesures à l'égard de la plainte; de son côté, la directrice exécutive a déclaré ce qui suit dans une lettre en date du 28 décembre 1994:

[TRADUCTION] [. . .] le Conseil canadien de la magistrature n'est pas un tribunal qui peut examiner les décisions prises par les juges dans le cadre de poursuites judiciaires. Ces décisions peuvent uniquement être contestées au moyen d'un appel devant la Cour d'appel, appel qui, selon vous, est déjà en cours.

En outre, il est évident que le juge Whealy a pris les mesures qu'il considérait nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre dans la salle d'audience. La question de savoir s'il était autorisé à prendre les décisions en cause a donné lieu à une requête de fond qui mettait en cause des droits qui ne peuvent faire l'objet d'un examen ou d'une décision du Conseil. De toute évidence, on ne saurait critiquer le juge Whealy pour avoir pris ces décisions s'il était légalement autorisé à les prendre; ces questions devraient être examinées par la Cour d'appel.

Par conséquent, le juge en chef McEachern m'a demandé de vous informer que, pour ces motifs, le Conseil ne prendra pas de mesures à l'égard de votre plainte.

[10] Le 6 janvier 1995, M^e Rosenthal, avocat du demandeur, a demandé au Conseil de réexaminer la décision qu'il avait prise de ne pas prendre de mesures. Le Conseil a refusé de le faire en déclarant que [TRADUCTION] «[l]e Conseil est autorisé à examiner, au besoin, la conduite d'un juge dans la salle d'audience, mais les décisions prises par des juges lorsqu'ils agissent indépendamment dans le cadre de leurs fonctions judiciaires sont du ressort des cours d'appel». Le Conseil a ajouté ce qui suit: [TRADUCTION] «Si la Cour d'appel devait faire des commentaires négatifs quant à la conduite d'un juge, le Conseil pourrait bien se demander si cette conduite était d'une nature telle qu'elle serait de sa compétence, le Conseil devait, comme vous le savez, déterminer s'il convient de faire une recommandation aux fins de la révocation du juge.»

[11] On September 9, 1998, the Ontario Court of Appeal (*R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499) rendered its decision on the criminal appeal of Dudley Laws. One ground of appeal raised by Mr. Laws before the Court of Appeal was that Mr. Justice Whealy's ruling which resulted in excluding male members of the public from the courtroom may have deprived the appellant of a public trial. The Court articulated the following observations at pages 508-509 of its reasons:

There was no basis on which the trial judge could distinguish between a requirement of a particular faith and a chosen religious practice. Freedom of religion under the Charter surely extends beyond obligatory doctrine.

The trial judge further erred in suggesting that only certain communities are clearly within the purview of the Charter. No individuals or religious communities enjoy any less Charter protection than the major and recognizable religions.

...

In our view the rulings by the trial judge as to headdress did not deprive the appellant of a public trial. However the trial judge by his rulings may well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups.

...

We are therefore of the opinion that the trial judge erred in excluding certain members of the public from the courtroom, and that this may well have resulted in creating an atmosphere that undermined the appearance of a fair trial. However, having regard to our disposition of this appeal on grounds relating to the wiretap authorization, which are dealt with hereafter, we do not consider it necessary to form a concluded view whether the ground of appeal now under consideration is in itself sufficient to constitute reversible error.

[12] Given that the Court of Appeal adversely commented on Mr. Justice Whealy's conduct and in view of the earlier statement by the Council that such comment could engage its jurisdiction, the applicant wrote and requested that the Council reconsider his complaint. The Council did proceed to reconsider the complaint and sought comments from Mr. Justice Whealy.

[11] Le 9 septembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499) a rendu sa décision dans l'appel interjeté au criminel par Dudley Laws. Selon un moyen d'appel invoqué par M. Laws devant la Cour d'appel, la décision du juge Whealy qui avait entraîné l'exclusion de la salle d'audience de membres du public de sexe masculin avait peut-être privé l'appelant d'une audience publique. Dans ses motifs, la Cour a fait les observations suivantes (aux pages 508 et 509):

[TRADUCTION] Rien ne permettait au juge du procès de faire une distinction entre les exigences d'une religion particulière et celles d'une pratique religieuse donnée. La liberté de religion prévue à la *Charte* s'étend certainement au-delà d'une doctrine obligatoire.

Le juge du procès a en outre commis une erreur en laissant entendre que seules certaines collectivités sont clairement visées par la Charte. La protection fournie par la Charte s'applique non seulement aux grandes religions connues, mais aussi à toute personne et à toute collectivité religieuse.

[. . .]

À notre avis, les décisions du juge du procès en ce qui concerne les couvre-chefs ne privaient pas l'appelant d'un procès public. Toutefois, par ses décisions, le juge du procès a peut-être bien donné par inadvertance l'impression qu'il se montrait insensible aux droits des groupes minoritaires.

[. . .]

Nous sommes donc d'avis que le juge du procès a commis une erreur en excluant certains membres du public de la salle d'audience et que la chose peut bien avoir créé une ambiance telle qu'il semblait que le procès n'était pas équitable. Toutefois, étant donné que nous statuons sur le présent appel en nous fondant sur des motifs liés à l'écoute électronique autorisée, question sur laquelle nous reviendrons, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'arriver à une conclusion au sujet de la question de savoir si le moyen d'appel qui est ici examiné est suffisant en soi pour établir l'existence d'une erreur susceptible de révision.

[12] Étant donné que la Cour d'appel a fait des remarques défavorables au sujet de la conduite du juge Whealy et puisque le Conseil avait déjà dit que pareille remarque avait peut-être pour effet de déclencher sa compétence, le demandeur a écrit au Conseil et lui a demandé de réexaminer la plainte. Le Conseil a procédé au réexamen de la plainte et a demandé au juge Whealy de lui faire part de ses commentaires.

[13] On November 5, 1998, Mr. Justice Whealy responded to the allegations in a letter addressed to the Council wherein he stated:

In October, 1998, the Court of Appeal for Ontario dealt with an appeal by the accused, Mr. Laws. One of the grounds of appeal was the fact that Mr. Taylor had been excluded from the courtroom during his trial. The Court of Appeal ordered a new trial on other grounds. Accepting as I must the decision of the Court of Appeal, I was in error in excluding Mr. Taylor.

I sincerely regret if the impression was created that I am insensitive to the rights of minority groups. That is not the case and was never my intent.

[14] On December 9, 1998, the Chairperson wrote to Mr. Justice Whealy and expressed disapproval of the Judge's conduct but did not consider the conduct sufficiently serious to warrant recommending that he be removed from office or any further action by the Council. The Chairperson stated:

I accept the view of the Court of Appeal that your rulings may very well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups even though such was not your intent. I must therefore conclude that the language you used in such rulings was inappropriate. I accordingly express disapproval.

[15] On the same day, the Executive Director wrote to the applicant's counsel, the complainant Mr. Rosenthal, informing him of the decision of the Chairperson to express disapproval of Mr. Justice Whealy's conduct. The letter stated:

Chief Justice McEachern has accordingly expressed disapproval of the comments made by Mr. Justice Whealy. Chief Justice McEachern advises that although the conduct complained of warrants the above expression of disapproval, the conduct is not sufficiently serious to warrant any further action by the Council.

[16] In January 1999, by way of a notice of application for judicial review, pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the applicant asks this Court to review the decision of the Chairperson of the Council as communicated in the letter by the Executive Director dated December 9, 1998.

[13] Le 5 novembre 1998, le juge Whealy a répondu comme suit aux allégations dans une lettre adressée au Conseil:

[TRADUCTION] Au mois d'octobre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a entendu un appel interjeté par l'accusé, M. Laws. L'un des moyens d'appel était fondé sur le fait que M. Taylor avait été exclu de la salle d'audience au cours du procès. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès en se fondant sur d'autres motifs. Puisque je dois accepter la décision de la Cour d'appel, j'ai commis une erreur en excluant M. Taylor.

Je regrette sincèrement d'avoir pu donner l'impression que j'étais insensible aux droits des groupes minoritaires. Ce n'est pas le cas et cela n'a jamais été mon intention.

[14] Le 9 décembre 1998, le président a écrit au juge Whealy et lui a fait savoir qu'il n'approuvait pas sa conduite, mais qu'il ne considérait pas cette conduite comme suffisamment sérieuse pour justifier une recommandation visant la révocation ou quelque autre mesure de la part du Conseil. Le président a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Je retiens l'avis exprimé par la Cour d'appel, à savoir que par vos décisions vous avez peut-être par inadvertance donné l'impression que vous étiez insensible aux droits des groupes minoritaires, même si ce n'était pas votre intention. Je dois donc conclure qu'il n'était pas approprié de vous exprimer ainsi dans pareilles décisions. Je tiens donc à exprimer ma désapprobation.

[15] Le même jour, la directrice exécutive a écrit à l'avocat du demandeur, M^c Rosenthal, qui avait porté plainte, pour l'informer que le président avait décidé d'exprimer sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy. La lettre était ainsi libellée:

[TRADUCTION] Le juge en chef McEachern a donc exprimé sa désapprobation au sujet des remarques que le juge Whealy avait faites. Le juge en chef McEachern fait savoir que même si la conduite reprochée justifie l'expression de sa désapprobation, cette conduite n'est pas suffisamment sérieuse pour justifier quelque autre mesure de la part du Conseil.

[16] Au mois de janvier 1999, au moyen d'un avis de demande de contrôle judiciaire présenté conformément à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, M. Taylor demande à la Cour d'examiner la décision du président du Conseil telle qu'elle a été communiquée dans la lettre de la directrice exécutive en date du 9 décembre 1998.

Issues

[17] The applicant raised the following six issues in this application for judicial review:

- (1) What is the appropriate standard of review of a decision of the Chairperson of the Council?
- (2) Did the refusal by the Council to hold an inquiry into the conduct of Mr. Justice Whealy, deny the applicant his right to equal protection and equal benefit of the law contrary to subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]?
- (3) Did the Chairperson act contrary to the *Judges Act* [R.S.C., 1985, c. J-1] and the Council's applicable by-laws by expressing disapproval of the conduct of Mr. Justice Whealy and refusing to fully investigate and refer the matter to a panel for inquiry?
- (4) Was a duty of fairness owed to the applicant by the Chairperson and if so was there a breach of this duty by the Chairperson?
- (5) Did the actions of the Chairperson in refusing to investigate the initial complaint raise a reasonable apprehension of bias that would preclude him from dealing with the complaint?
- (6) Can *mandamus* issue against the Council or the Chairperson compelling the Council to conduct a full investigation into the complaint against Mr. Justice Whealy?

Standard of Review

- (1) What is the appropriate standard of review of a decision of the Chairperson of the Council?

[18] The decision under review is a decision of the Chairperson of the Judicial Committee of the Canadian Judicial Council acting under authority of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, and its by-laws. It is useful to review those sections of the *Judges Act* and the Council's by-laws which authorize the Chairperson to deal with complaints in the first instance.

Les points litigieux

[17] Dans sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur a soulevé les six questions ci-après énoncées:

- 1) Quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision du président du Conseil?
- 2) Le refus du Conseil de mener une enquête sur la conduite du juge Whealy a-t-il pour effet de dénier au demandeur le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]?
- 3) Le président a-t-il agi en violation de la *Loi sur les juges* [L.R.C. (1985), ch. J-1] et des règlements administratifs applicables du Conseil en exprimant sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy et en refusant d'enquêter pleinement et de renvoyer l'affaire à un tribunal pour enquête?
- 4) Le président avait-il une obligation d'équité envers le demandeur et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à cette obligation?
- 5) Les actions du président, lorsqu'il a refusé d'enquêter sur la plainte initiale, suscitent-elles une crainte raisonnable de partialité l'empêchant de statuer sur la plainte?
- 6) Une ordonnance de *mandamus* peut-elle être rendue à l'encontre du Conseil ou du président, en vue d'enjoindre au Conseil de mener une enquête complète sur la plainte dont le juge Whealy a fait l'objet?

La norme de contrôle

- 1) Quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision du président du Conseil?

[18] La décision ici en cause est celle du «président» du comité judiciaire du Conseil canadien de la magistrature agissant en vertu de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, et de ses règlements administratifs. Il est utile d'examiner les dispositions de la *Loi sur les juges* et les règlements du Conseil qui autorisent le président à examiner les plaintes.

[19] Subsection 61(3) of the *Judges Act* provides for the making of by-laws by the Council respecting the establishment of committees and the delegation of duties to any such committees. Provision is made in the same subsection for Council to make by-laws respecting the conduct of inquiries and investigations described in section 63 [as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 27] of the Act. Subsection 63(2) of the Act provides that, "Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada". The most current by-laws of the Council were approved by the Council and became effective on April 1, 1998. By-law 26 provides for standing committees, among others, the Standing Committee on Judicial Conduct. Part 2 of the said by-laws deals with complaints and by-law 41(1) thereof provides for the Chairperson of the Judicial Conduct Committee to carry out the duties set out in Part 2 of the by-laws with respect to complaints against judges. Certain provisions of Part 2 of these by-laws will be specifically dealt with later in these reasons with regard to the Chairperson's decision.

[20] The question of standard of review with respect to the Chairperson's decision will turn on the "pragmatic and functional analysis" developed by the Supreme Court of Canada in *Bibeault* [*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048] and *Southam [Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.]*, [1997] 1 S.C.R. 748], *infra*, and more recently articulated by Mr. Justice Bastarache in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. At paragraph 27 of his reasons, Mr. Justice Bastarache reviews the recent history of Supreme Court decisions which led to this more "nuanced approach" to determining the applicable standard of review intended by the legislator:

Since *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, this Court has determined that the task of statutory interpretation requires a weighing of several different factors, none of which are alone dispositive, and each of which provides an indication falling on a spectrum of the proper level of deference to be shown the decision in question. This has been dubbed the "pragmatic and functional" approach. This more nuanced approach in determining legislative intent is also reflected in the range of possible standards of review.

[19] Le paragraphe 61(3) de la *Loi sur les juges* prévoit que le Conseil, peut, par règlement administratif, régir la constitution de comités ainsi que la délégation de pouvoirs à ceux-ci. Cette disposition prévoit également que le Conseil peut, par règlement administratif, régir la procédure relative aux enquêtes visées à l'article 63 [mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 27] de la Loi. Le paragraphe 63(2) de la Loi prévoit que «[l]e Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure ou de la Cour canadienne de l'impôt». Les règlements administratifs les plus récents du Conseil ont été approuvés par celui-ci; ils ont pris effet le 1^{er} avril 1998. Le règlement 26 prévoit la création de comités permanents et, entre autres, du comité permanent sur la conduite des juges. La partie 2 desdits règlements traite des plaintes; le règlement 41(1) prévoit que le président du comité sur la conduite des juges exerce les fonctions visées par la partie 2 des règlements à l'égard des plaintes portées contre les juges. Nous reviendrons ci-dessous dans ces motifs sur certaines dispositions de la partie 2 des règlements lorsqu'il sera question de la décision du président.

[20] La question de la norme de contrôle qui s'applique à la décision du président est fondée sur l'«analyse pragmatique et fonctionnelle» élaborée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Bibeault* [*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1998] 2 R.C.S. 1048] et *Southam [Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.]*, [1997] 1 R.C.S. 748], ci-dessous, analyse que le juge Bastarache a énoncée plus récemment dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Au paragraphe 27 de ses motifs, le juge Bastarache examine l'historique récent des décisions de la Cour suprême qui ont mené à cette «méthode plus nuancée» pour déterminer la norme de contrôle qui devait s'appliquer selon le législateur:

Depuis l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1998] 2 R.C.S. 1048, notre Cour a décidé que l'interprétation des lois exige la prise en compte de plusieurs facteurs différents dont aucun n'est décisif mais qui fournissent chacun une indication s'inscrivant sur le continuum du degré de retenue judiciaire approprié pour la décision en cause. C'est ce qu'on a appelé l'analyse «pragmatique et fonctionnelle». Cette méthode plus nuancée pour déterminer l'intention du législateur se reflète aussi dans l'éventail des normes de contrôle possibles.

Traditionnellement, le «correctness» standard and the «patent unreasonableness» standard were the only two approaches available to a reviewing court. But in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a «reasonableness *simpliciter*» standard was applied as the most accurate reflection of the competence intended to be conferred on the tribunal by the legislator. Indeed, the Court there described the range of standards available as a «spectrum» with a «more exacting end» and a «more deferential end» (para. 30).

The «pragmatic and functional» analysis therefore calls for the consideration of a range of factors with the object of determining the proper level of deference to be shown the decision in question. The approach has also been expressed as follows: whether the question before the tribunal is one that must be answered correctly and if not, the degree of deference to be accorded to the decision.

[21] I note that both the applicant and respondent made submissions on the appropriate standard of review applicable. The applicant submits that in such circumstances the correctness standard is applicable. He argues that the lack of a privative clause and the relative expertise of the Chairperson, which he submits is not significantly different than that of any superior court judge, justify less deference by a reviewing court and the application of the correctness standard. Alternatively, the applicant argues that, in any event, a reviewing court should not afford more deference than that commensurate with the reasonableness *simpliciter* standard.

[22] The respondent submits that the proper standard of review with respect to the decision in question is that of «patent unreasonableness». The respondent argues that on application of the pragmatic and functional analysis as provided in *Pushpanathan, supra*, the form of decision making required of the Chairperson and Council is in the nature of a mixed question of fact and law based on a very particular set of facts and is therefore owed the highest level of deference.

[23] In applying the pragmatic and functional analysis, the purpose of which is primarily to determine the legislative intent of the statute and the nature of the

Traditionnellement, la norme de la «décision correcte» et la norme du «caractère manifestement déraisonnable» étaient les deux seules méthodes à la disposition de la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire. Mais dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la norme de la «décision raisonnable *simpliciter*» a été appliquée, étant jugée la plus fidèle à l'intention du législateur quant à la compétence conférée au tribunal. En effet, la Cour a affirmé que l'éventail des normes existantes était un spectre dont l'une des extrémités exige «le moins de retenue» et l'autre en exige «le plus» (par. 30).

L'analyse «pragmatique et fonctionnelle» exige donc l'examen d'une gamme de facteurs ayant pour objet de permettre de déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de la décision en question. L'analyse a également été définie comme suit: la question dont le tribunal est saisi est-elle une question à laquelle il faut répondre correctement et, dans la négative, quel est le degré de retenue qu'il convient de lui accorder?

[21] Je note que le demandeur et le défendeur ont présenté des arguments au sujet de la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer. Le demandeur soutient qu'en pareil cas, la norme de la décision correcte s'applique. Il affirme que l'absence de clause privative et l'expertise relative du président, laquelle n'est pas vraiment différente selon lui de celle d'un juge d'une cour supérieure, permettent au tribunal d'examen de faire preuve d'une moins grande retenue et justifient l'application de la norme de la décision correcte. Subsidiairement, le demandeur soutient que, de toute façon, le tribunal d'examen ne devrait pas faire preuve d'une retenue plus grande que celle qui s'impose selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[22] Le défendeur soutient que la norme de contrôle à appliquer à la décision en question est celle de la décision «manifestement déraisonnable». Il affirme que, selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle énoncée dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, le genre de prise de décision requise du président et du Conseil porte sur une question de fait et de droit fondée sur un ensemble très particulier de faits et qu'il faut donc lui accorder un degré élevé de retenue.

[23] En appliquant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui vise principalement à permettre de déterminer l'intention du législateur et la nature de la

question before the tribunal, the Court in *Pushpanathan*, *supra*, sets out four primary factors which must be weighed together to determine the appropriate standard of review, these are:

- (1) The existence or absence of a privative clause;
- (2) The level of expertise of the Board;
- (3) The purpose of the Act as a whole and the provision in particular; and
- (4) The nature of the problem.

I propose to deal briefly with each of these factors as they apply to the decision under review.

(1) The existence or absence of a privative clause

[24] Although the *Judges Act* does not contain a full privative clause and does not directly address the intended standard of review, the absence of any appeal procedure in the Act lends support to the argument that the legislator intended that the decision in question be left exclusively and finally to the Council, that is to say, the decision to “recommend” or not that a judge be removed from office. Sections 63 and 65 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5] of the Act provide the framework for the Council’s mandate to conduct investigations and inquiries and make recommendations to the Minister. Section 71 of the Act preserves the authority of Parliament to decide whether a judge should be removed from office. This limitation on the powers conferred upon the Council by the *Judges Act* is of necessity consistent with the constitutional recognition and entrenchment of judicial independence as set out in section 99 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]] which provides that superior court judges shall only be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons. The constitutional and statutory regimes are structured in a manner that recognize the fundamental importance of the independence of the judiciary as an essential part of the fabric of our free and democratic society. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of*

question dont le tribunal est saisi, la Cour, dans l’arrêt *Pushpanathan*, précité, a énoncé quatre principaux facteurs qu’il faut apprécier ensemble afin de déterminer la norme de contrôle applicable; il s’agit des facteurs ci-après énoncés:

- 1) L’existence d’une clause privative ou l’absence de clause privative;
- 2) Le degré d’expertise du tribunal;
- 3) L’objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause; et
- 4) La nature du problème.

Je me propose d’examiner brièvement chacun de ces facteurs tels qu’ils s’appliquent à la décision ici en cause.

1) L’existence d’une clause privative ou l’absence de clause privative

[24] La *Loi sur les juges* ne renferme pas une clause privative intégrale et ne traite pas directement de la norme de contrôle à appliquer, mais le fait que la Loi ne prévoit aucune procédure d’appel étaye l’argument selon lequel le législateur voulait que la décision en question, c’est-à-dire la décision de «faire une recommandation» au sujet de la révocation d’un juge, relève exclusivement et d’une façon définitive du Conseil. Les articles 63 et 65 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5] de la Loi énoncent le cadre du mandat qui est conféré au Conseil lorsqu’il s’agit de mener des enquêtes et de faire des recommandations au ministre. L’article 71 de la Loi préserve le pouvoir du législateur de prendre une décision au sujet de la révocation d’un juge. Cette restriction apportée aux pouvoirs conférés au Conseil par la *Loi sur les juges* est nécessairement conforme à la reconnaissance et à l’enchâssement dans la Constitution de l’indépendance judiciaire telle qu’elle est prévue à l’article 99 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^o 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5]], qui prévoit que les juges des cours supérieures peuvent être démis de leurs fonctions uniquement par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Les régimes constitutionnels et législatifs sont organisés de façon à reconnaître l’importance fondamentale de l’indépen-

Brokers), [1994] 2 S.C.R. 557, at page 591, Iacobucci J., wrote that:

... even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. This point was reaffirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, where Sopinka J., writing for the majority, stated the following at p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada, supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

The jurisprudence points to expertise as the most important factor to consider when settling on a standard of judicial review.

(2) The level of expertise of the Board

[25] In evaluating the relative expertise of a tribunal the Court must consider its own expertise and compare it with that expertise required of the tribunal to decide the specific issue before it. In *Pushpanathan, supra*, at paragraph 35, Mr. Justice Bastarache stated:

In short, a decision which involves in some degree the application of a highly specialized expertise will militate in favour of a high degree of deference, and towards a standard of review at the patent unreasonableness end of the spectrum."

[26] A review of the required composition of the Council will assist in better understanding the expertise required for it to carry out its mandate. Section 59 [as am. by S.C. 1996, c. 30, s. 6; 1999, c. 3, s. 77] of the Act essentially dictates that the Council shall consist of the Chief Justice of Canada; the chief justice, any senior

dance du pouvoir judiciaire en tant que partie intégrante d'un système social libre et démocratique. Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pages 591 et 592, le juge Iacobucci a dit ce qui suit:

[...] même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise. Ce point a été confirmé dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, dans lequel le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, affirme, à la p. 335:

[...] son expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence».

Selon la jurisprudence, l'expertise est le facteur le plus important à prendre en considération en déterminant la norme de contrôle à appliquer.

2) Le degré d'expertise du tribunal

[25] En appréciant l'expertise relative d'un tribunal, la Cour doit tenir compte de sa propre expertise et la comparer à celle que doit avoir le tribunal en vue de trancher la question précise dont elle est saisie. Dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, au paragraphe 35, le juge Bastarache a dit ce qui suit:

Bref, une décision qui comporte jusqu'à un certain point l'exercice d'une expertise hautement spécialisée milite en faveur d'un degré élevé de retenue, et donc de la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'une des extrémités de la gamme.

[26] Un examen de la composition requise du Conseil aide à mieux comprendre l'expertise qu'il doit avoir afin de s'acquitter de son mandat. L'article 59 [mod. par L.C. 1996, ch. 30, art. 6; 1999, ch. 3, art. 77] de la Loi prévoit essentiellement que le Conseil est composé du juge en chef du Canada; des juges en chef, juges en chef associés

associate chief justice and associate chief justice of each of the superior courts or branch or division thereof; the senior judges of Supreme Courts of Canada's Territories; the Chief Justice of the Court Martial Appeal Court; and the Chief Judge and Associate Chief Judge of the Tax Court of Canada. Since the decision under review is that of the Chairperson, it is important to note that he is a member of Council sharing his expertise as a chief justice with other members. He is also Council's delegate under the by-laws for the purpose of investigating complaints in the first instance.

[27] It is generally recognized that a chief justice has more than one role, not only must a chief justice assume the role of a judge, first and foremost, but also the roles of court administrator, head of the judiciary of the court concerned and of Canada (in the case of the Chief Justice of Canada) and the role of public representative. In my view, it is also generally recognized that the Council is the forum that is charged with the responsibility to promote efficiency and uniformity and to improve the quality of judicial service in the courts of Canada. This broad mandate is set out in the *Judges Act* and includes the development in recent years of a set of guidelines on ethics for judges.

[28] The role of a chief judge with respect to judicial ethics was canvassed in *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267. The case dealt with the issue of whether the Chief Judge of the "Court of Quebec" has authority to file a complaint with the *Conseil de la magistrature*. Although the process dealt with in the *Ruffo* case, *supra*, regarding judicial conduct is different than that provided for the Council in the case at bar, the principles enunciated by Mr. Justice Gonthier, in my view, are nevertheless applicable. At page 304, Mr. Justice Gonthier stated:

We must recognize that the chief judge, as *primus inter pares* in the court, the efficient operation of which he or she oversees in all other respects, is in a preferred position to ensure compliance with judicial ethics. First, because of the chief judge's role as co-ordinator, events that may raise ethical

et juges en chef adjoints des juridictions supérieures ou de leurs sections ou chambres; des juges principaux des cours suprêmes du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest; du juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada; des juge en chef et juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt. Étant donné que la décision ici en cause est celle du président, il importe de noter que celui-ci est un membre du Conseil qui partage avec d'autres membres son expertise en sa qualité de juge en chef. Le président est également désigné par le Conseil en vertu des règlements administratifs aux fins des enquêtes sur les plaintes.

[27] Il est généralement reconnu qu'un juge en chef a plus d'un rôle; il doit non seulement assumer avant tout le rôle de juge, mais aussi le rôle d'administrateur judiciaire et de chef de l'appareil judiciaire de la cour concernée et du Canada (dans le cas du juge en chef du Canada) ainsi que celui de représentant du public. À mon avis, il est généralement reconnu que le Conseil est l'organisme qui a pour mission d'améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures ainsi que la qualité de leurs services judiciaires et de favoriser l'uniformité dans l'administration de la justice devant ces tribunaux. Ce mandat étendu est énoncé dans la *Loi sur les juges* et comprend l'élaboration, au cours des dernières années, d'un ensemble de lignes directrices à l'intention des juges en matière de déontologie.

[28] Le rôle d'un juge en chef en ce qui concerne la déontologie judiciaire a été examiné dans l'arrêt *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le juge en chef de la Cour du Québec était autorisé à déposer une plainte auprès du Conseil de la magistrature. La procédure en cause dans l'affaire *Ruffo*, précitée, en ce qui concerne la conduite judiciaire, était différente de celle qui est prévue en l'espèce dans le cas du Conseil, mais à mon avis, les principes énoncés par le juge Gonthier s'appliquent néanmoins. À la page 304, le juge Gonthier a dit ce qui suit:

Il nous faut reconnaître, en effet, que le juge en chef, en tant que *primus inter pares* au sein de la cour dont il voit au bon fonctionnement à tous autres égards, occupe une position privilégiée pour veiller au respect de la déontologie judiciaire. D'une part, en raison même du rôle de coordonnateur qui est

issues are more readily brought to his or her attention. As well, because of the chief judge's status, he or she is often the best situated to deal with such delicate matters, thereby relieving the other judges of the court of the difficult task of laying a complaint against one of their colleagues where necessary.

Mr. Justice Gonthier further stated at page 315 of his reasons:

It is normal, legitimate and desirable for the Chief Judge to have moral authority. Such authority is associated with the Chief Judge as an individual and with the office he holds, and is necessary for its exercise. It is not restrictive and is part of the context in which all judges perform their duties. It does not in itself affect the capacity of a judge to decide to the best of his or her knowledge and belief and on the basis of the relevant factors. In ethical matters judges take account of established rules, precedents, theory, their own experience and authoritative opinions—including that of the Chief Judge—not as restrictive standards but for their persuasive value, in order to make decisions they consider fair.

[29] The applicant submits that the relative expertise of the Chairperson is not significantly different than that of any other superior court judge. I cannot agree. The specialized expertise of the Chairperson and the members of the Council stems not only from their knowledge of the law and experience acquired as sitting superior court judges. This expertise is also attributable to their experience as chief justice of their respective courts and the specific statutory jurisdiction conferred by the *Judges Act* on the Council in matters of judicial conduct. In my view, the experience that each chief justice brings to the Council is unique and is the result of dealing with enumerable individual circumstances with judges and the administration of courts in their respective jurisdictions. These senior judges constitute the only body with the statutory power to conduct inquiries and investigations into the conduct of judges of the superior courts or of the Tax Court of Canada and make recommendations that could lead to removal of a judge. The evidence is that the Council, acting principally through the Chairperson, deals with numerous complaints each year. The 1999-2000 Report from the Council shows that 169 new complaints were filed in that year. (See notes, Table 1, page 13.) As a result, the Council has demonstrated experience in dealing with issues of judicial conduct. Clearly, such

le sien, il se trouve que les événements susceptibles de soulever des questions d'ordre déontologique sont plus facilement amenés à son attention. D'autre part, du fait même de son statut, le juge en chef s'avère fréquemment le mieux placé pour traiter de ces questions délicates, soulageant par le fait même les autres juges de la cour de la difficile tâche de porter plainte à l'endroit de l'un de leurs collègues, le cas échéant.

Le juge Gonthier a en outre dit ce qui suit, à la page 315:

Que le juge en chef ait une autorité morale, ceci est normal, légitime et désirable. Elle est attachée à sa personne et à la charge qu'il occupe et se veut nécessaire à son exercice. Elle n'est pas contraignante et fait partie du cadre dans lequel tout juge exerce ses fonctions. En soi, elle ne touche pas la capacité du juge de décider en son âme et conscience et en fonction des facteurs pertinents. En matière de déontologie, le juge tient compte des règles établies, des précédents, de la doctrine, de sa propre expérience et des opinions autorisées—y compris celle du juge en chef—, non comme normes contraignantes mais pour leur valeur de persuasion, et ce afin de rendre la décision qu'il conçoit comme juste.

[29] Le demandeur soutient que l'expertise relative du président n'est pas très différente de celle d'un autre juge d'une cour supérieure. Je ne suis pas d'accord. L'expertise spécialisée du président et des membres du Conseil découle non seulement de leur connaissance du droit et de l'expérience qu'ils ont acquise en siégeant à titre de juges de cours supérieures, mais aussi de leur expérience à titre de juges en chef des cours respectives et de la compétence expressément conférée au Conseil par la *Loi sur les juges* sur les questions de conduite judiciaire. À mon avis, l'expérience que chaque juge en chef apporte au Conseil est unique en son genre et résulte du fait que ce juge examine de nombreux cas individuels en ce qui concerne les juges et l'administration des tribunaux dans son ressort. Ces juges principaux sont les seuls qui sont autorisés, en vertu de la loi, à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures ou de la Cour canadienne de l'impôt et à faire des recommandations susceptibles d'entraîner la révocation d'un juge. La preuve est que le Conseil, agissant principalement par l'entremise du président, examine chaque année de nombreuses plaintes. Selon le Rapport de 1999-2000 du Conseil, 169 nouvelles plaintes ont été déposées cette année-là. (Voir les notes, tableau 1, page 17.) Le Conseil a donc démontré qu'il a l'expérience voulue pour examiner les questions de

experience cannot be gained by a judge who is not a member of the Council and who is not exposed to such issues. I cannot imagine a more unique and specialized expertise than that required of the Chairperson and members of the Council which, in my view, militates in favour of a high degree of deference by a court called upon to review the decisions of its delegate, the Chairperson.

(3) The purpose of the Act as a whole and the provision in particular

[30] The third factor set out by the Court in *Pushpanathan, supra*, requires consideration of the purpose of the statute. As Iacobucci J. noted in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 50, purpose and expertise often overlap. The purpose of the statute is often indicated by the specialized nature of the legislative structure and dispute-settlement mechanism and the need for expertise is often manifested as much by the requirements of the statute as by the specific qualifications of its members. Mr. Justice Bastarache, in *Pushpanathan, supra*, concluded that deference is warranted when a statute calls for a tribunal to exercise a specialized and expert function, to balance a complex series of competing demands and interests, to exercise a protective role regarding the public and plays a role in policy development. The learned Judge further commented that where an administrative structure more closely resembles a model that calls for consideration of “polycentric issues”, issues that involve a large number of interlocking and interacting interests and considerations, courts should exercise restraint.

[31] The Chairperson, in making his decision, must consider a number of “polycentric issues” that require the application of a unique expertise, expertise, arguably, only found in members of the Council. The issues the Chairperson had to confront were not straightforward applications of legal principles but involved a complex set of facts in which he had to exercise discretion in the application of legal and ethical principles. In making his decision, the Chairperson had to weigh a variety of competing factors flowing from the overarching

conduite judiciaire. À coup sûr, un juge qui n’est pas membre du Conseil et qui ne fait pas face à pareilles questions ne peut pas acquérir une telle expérience. Je ne puis concevoir une expertise plus unique en son genre et plus spécialisée que celle qui est requise du président et des membres du Conseil, ce qui milite à mon avis en faveur d’un degré élevé de retenue de la part du tribunal chargé d’examiner les décisions de son fondé de pouvoir, à savoir le président.

3) L’objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause

[30] Le troisième facteur énoncé par la Cour dans l’arrêt *Pushpanathan*, précité, exige l’examen de l’objet de la loi. Comme le juge Iacobucci l’a fait remarquer dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 50, l’objet de la loi et l’expertise se confondent souvent. L’objet de la loi est souvent indiqué par la nature spécialisée du régime législatif et du mécanisme de règlement des différends, et la nécessité de l’expertise se dégage souvent autant des exigences énoncées dans la loi que des qualités des membres du tribunal. Dans l’arrêt *Pushpanathan*, précité, le juge Bastarache a conclu qu’il convient de faire preuve de retenue lorsqu’une loi exige qu’un tribunal exerce une fonction spécialisée ou une fonction d’expert, apprécie une série complexe de demandes et d’intérêts contradictoires, joue un rôle protecteur vis-à-vis du public et joue un rôle en matière d’établissement des politiques. Le juge a en outre fait remarquer que lorsqu’un régime administratif se rapproche davantage d’un modèle exigeant l’examen de «questions polycentriques», de questions faisant intervenir un grand nombre d’intérêts entremêlés et interdépendants, les tribunaux devraient faire preuve de retenue.

[31] En prenant sa décision, le président doit tenir compte d’un certain nombre de «questions polycentriques» exigeant l’application d’une expertise unique en son genre, une expertise que seuls les membres du Conseil possèdent probablement. Les questions que le président avait à examiner n’entraînaient pas la simple application de principes juridiques, mais elles se rapportaient à un ensemble complexe de faits à l’égard desquels le président devait exercer son pouvoir discrétionnaire dans l’application de principes de droit et

principles of natural justice, fairness, protection of the public interest and judicial independence including accessibility of the public to the courts, the need to maintain order in the courtroom, the proper administration of justice, the need to affirm and recognize religious plurality and the need to demonstrate sensitivity to the rights of minority groups. In my view, the statutory framework and the administrative structure the Chairperson has to work within in exercising his discretion fall within the above parameters articulated by Mr. Justice Bastarache in *Pushpanathan, supra*. I conclude, based on this analysis, that decisions of the Chairperson call for the exercise of judicial restraint on review.

(4) The nature of the problem

[32] The final factor to consider in determining the applicable standard of review, as set out in *Pushpanathan, supra*, is whether the question is a pure question of law or a mixed question of fact and law. I am of the opinion that the nature of the problem that the Chairperson had to deal with is a mixed question of fact and law. He was obliged to engage in fact-finding which under the by-laws required him to review the complaint, make inquiries and provide a right of response to the allegations. To the resulting findings of fact, the Chairperson had to apply the ethical and legal principles discussed above in exercising his discretion. On the issue of how much deference should be granted a tribunal on mixed questions of law and fact, the following principle articulated by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pages 599-600, was held by Mr. Justice Bastarache in *Pushpanathan, supra*, (at paragraph 37) to correctly state the law:

In general, deference is given on questions of fact because of the "signal advantage" enjoyed by the primary finder of fact. Less deference is warranted on questions of law, in part because the finder of fact may not have developed any

de déontologie. En prenant sa décision, le président devait apprécier divers facteurs contradictoires découlant des principes fondamentaux de la justice naturelle, de l'équité, de la protection de l'intérêt public et de l'indépendance judiciaire, y compris l'accessibilité du public aux tribunaux, la nécessité de maintenir l'ordre dans la salle d'audience, la bonne administration de la justice, la nécessité de confirmer et de reconnaître la pluralité religieuse et la nécessité de faire preuve d'une certaine sensibilité à l'égard des droits des groupes minoritaires. À mon avis, le cadre légal et la structure administrative que le président doit respecter dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sont visés par les paramètres susmentionnés que le juge Bastarache a énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité. Compte tenu de cette analyse, je conclus que les décisions du président exigent que l'on fasse preuve de retenue dans le cadre de l'examen.

4) La nature du problème

[32] Le dernier facteur à prendre en considération en déterminant la norme de contrôle applicable, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, est de savoir si la question est une pure question de droit ou une question de fait et de droit. Je suis d'avis que la nature du problème que le président devait régler est une question de fait et de droit. Le président était obligé d'enquêter sur les faits, ce qui, en vertu des règlements administratifs, exigeait l'examen de la plainte, la tenue d'une enquête et l'octroi du droit de répondre aux accusations. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le président devait appliquer aux conclusions de fait en résultant les principes de déontologie et de droit dont il a ci-dessus été fait mention. Quant à la question de savoir dans quelle mesure il faut faire preuve de retenue envers un tribunal sur des questions de droit et de fait, le juge Bastarache, dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité (au paragraphe 37) a dit que le principe suivant mentionné par M^{me} le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pages 599 et 600, constitue un énoncé exact du droit:

Les cours de justice font généralement preuve de retenue à l'égard des questions de fait en raison de «l'avantage capital» dont jouit le juge des faits. Toutefois, elles font preuve d'une moins grande retenue relativement à des questions de droit,

particular familiarity with issues of law. While there is merit in the distinction between fact and law, the distinction is not always so clear. Specialized boards are often called upon to make difficult findings of both fact and law. In some circumstances, the two are inextricably linked. Further, the “correct” interpretation of a term may be dictated by the mandate of the board and by the coherent body of jurisprudence it has developed. In some cases, even where courts might not agree with a given interpretation, the integrity of certain administrative processes may demand that deference be shown to that interpretation of law.

Mr. Justice Bastarache concluded at paragraph 30, *supra*, that:

In the usual case, however, the broader the propositions asserted, and the further the implications of such decisions stray from the core expertise of the tribunal, the less likelihood that deference will be shown.

[33] The premise articulated by Madam Justice L’Heureux-Dubé for less deference on issues of law, in my view, does not apply to the instant case. The rationale advanced for less deference is that the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. Surely this contention cannot be sustained with regard to the members of the Council and in particular its delegate, the Chairperson whose decision is under review. I think it can be unequivocally stated that the Chairperson and members of the Council have a developed familiarity with issues of law. However, the nature of the problem that must be addressed by the Chairperson requires more than the mere understanding and interpretation of legal principles. He must apply his knowledge of the law and his unique expertise as a chief justice to a question of mixed law and fact that involves consideration of a number of polycentric issues as discussed above. The Chairperson’s decision involves the assessment of the conduct of a judge in the exercise of judicial function. The implication of such a decision turns very significantly on the core expertise of the decision-maker.

[34] Guided by the principles and analysis set out in *Pushpanathan, supra*, I am of the view that, in order to give full effect to the administrative process provided for

notamment parce que le juge des faits n’a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. Bien qu’il existe une distinction entre les questions de fait et de droit, cette distinction n’est pas toujours évidente. Les organismes spécialisés sont souvent appelés à se prononcer sur des questions de fait et de droit difficiles. Il arrive que les deux soient inextricablement liées. En outre, l’interprétation «juste» d’un terme peut dépendre du mandat de l’organisme et de la jurisprudence homogène qu’il a élaborée. Dans certains cas, même si une cour de justice n’est pas d’accord avec une interprétation donnée, l’intégrité de certains mécanismes administratifs pourrait bien exiger qu’elle fasse preuve de retenue relativement à cette interprétation du droit.

Le juge Bastarache a conclu ce qui suit (au paragraphe 30):

Habituellement, cependant, plus les propositions avancées sont générales, et plus les répercussions de ces décisions s’écartent du domaine d’expertise fondamental du tribunal, moins il est vraisemblable qu’on fasse preuve de retenue.

[33] À mon avis, la prémisse que le juge L’Heureux-Dubé a énoncée pour justifier un degré moins élevé de retenue à l’égard des questions de droit ne s’applique pas en l’espèce. Selon le raisonnement qui a été fait à ce sujet, le juge des faits n’a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. À coup sûr, cette prétention ne saurait tenir en ce qui concerne les membres du Conseil et, en particulier, le fondé de pouvoir du Conseil, à savoir le président dont la décision est ici en cause. Je crois qu’il peut être déclaré sans équivoque que le président et les membres du Conseil ont acquis une connaissance des questions de droit. Toutefois, la nature du problème qui doit être examiné par le président exige plus qu’une simple compréhension et une simple interprétation des principes juridiques. Le président doit appliquer sa connaissance du droit et l’expertise unique en son genre qu’il possède à titre de juge en chef à une question de fait et de droit qui comporte un examen d’un certain nombre de questions polycentriques, comme il en a ci-dessus été fait mention. La décision du président comporte l’appréciation de la conduite d’un juge dans l’exercice d’une fonction judiciaire. Les répercussions de pareille décision touchent de près l’expertise fondamentale du décideur.

[34] En m’inspirant des principes et de l’analyse énoncés dans l’arrêt *Pushpanathan*, précité, je conclus qu’afin de donner plein effet à la procédure

in the *Judges Act*, a reviewing court should exercise considerable deference in reviewing the decision of the Chairperson.

[35] In *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada dealt with an appeal of the decision of five judges of the Court of Appeal of Quebec who recommended to the Minister of Justice, after having conducted an inquiry, that the Government revoke the appellant's commission of appointment to the bench. Mr. Justice Gonthier on behalf of the Court, at paragraph 148, stated:

First, as I said in the introduction to this part of the reasons, the legislature has chosen to assign the important responsibility of determining whether the conduct of a provincial court judge warrants a recommendation for removal from office exclusively to the Court of Appeal, under s. 95 *C.J.A.* This is a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects. Accordingly, this Court should only review the assessment made by the Court of Appeal if it is clearly in error or seriously unfair.

[36] In *Therrien, supra*, the Supreme Court was not dealing with the decision of an administrative tribunal, but rather the decision of the Court of Appeal of Quebec, the body charged with the responsibility of determining whether the conduct of a judge warrants a recommendation for removal from office. This is essentially the same role as that of the Council in the case at bar. I am of the view that the principles articulated by Mr. Justice Gonthier are applicable to a decision of the Chairperson.

[37] In the above-cited passage Mr. Justice Gonthier recognized as special and unique, the role of those charged with the important responsibility of determining whether the conduct of a judge warrants a recommendation for removal from office. In the circumstance of that case, the Supreme Court determined that it should only intervene if the assessment made was clearly in error or seriously unfair. In my opinion, the high level of deference adopted in *Therrien, supra*, is consistent with the principles set out in *Pushpanathan, supra*.

[38] Based on the above "pragmatic and functional" analysis and the principles articulated in *Therrien, supra*,

administrative prévue par la *Loi sur les juges*, le tribunal d'examen doit faire preuve d'énormément de retenue lorsqu'il examine la décision du président.

[35] Dans l'affaire *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, la Cour suprême était saisie d'un appel de la décision de cinq juges de la Cour d'appel du Québec qui avaient recommandé au ministre de la Justice, après avoir mené une enquête, de révoquer la nomination de l'appelant à la magistrature. Le juge Gonthier, pour le compte de la Cour, a dit ce qui suit (au paragraphe 148):

D'abord, et comme je le mentionnais en introduction à cette partie des motifs, le législateur a choisi de confier l'importante responsabilité de déterminer si la conduite d'un juge de cour provinciale justifiait une recommandation de révocation de ses fonctions en exclusivité à la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* Il s'agit d'un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu'à l'égard des principes de l'indépendance judiciaire protégés par notre Constitution. En ce sens, notre cour ne saurait revenir sur l'appréciation qu'a faite la Cour d'appel que si celle-ci est clairement erronée ou profondément injuste.

[36] Dans l'arrêt *Therrien*, précité, la Cour suprême n'examinait pas la décision d'un tribunal administratif, mais plutôt la décision de la Cour d'appel du Québec, soit l'organisme chargé de déterminer si la conduite d'un juge justifie une recommandation visant la révocation. Il s'agit essentiellement du même rôle que celui qui incombe au Conseil en l'espèce. Je suis d'avis que les principes énoncés par le juge Gonthier s'appliquent à une décision du président.

[37] Dans le passage précité, le juge Gonthier reconnaissait le rôle particulier et unique des personnes qui assument l'importante responsabilité de déterminer si la conduite d'un juge justifie une recommandation de révocation. Eu égard aux circonstances de l'affaire, la Cour suprême a conclu qu'elle ne devrait intervenir que si l'appréciation effectuée était clairement erronée ou sérieusement inéquitable. À mon avis, le degré élevé de retenue dont on a fait preuve dans l'arrêt *Therrien*, précité, est conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité.

[38] Compte tenu de l'analyse «pragmatique et fonctionnelle» susmentionnée et des principes énoncés

I determine that the applicable standard of review of the decision of the Chairperson to be “patent unreasonableness”.

[39] Later in these reasons, I will conclude that the Chairperson’s decision in this case was reasonable. Therefore, notwithstanding the above determination of the applicable standard of review, the Chairperson’s decision, as my conclusion will show, meets the lesser standard of reasonableness *simpliciter*.

(2) Did the refusal by the Council to hold an inquiry into the conduct of Mr. Justice Whealy, deny the applicant his right to equal protection and equal benefit of the law, contrary to subsection 15(1) of the Charter?

[40] The applicant argues that Mr. Justice Whealy’s conduct was contrary to the ethical principles for judges as well as sections 2, 15 and 27 of the Charter. It is useful to be mindful, at the outset, that the decision under review is the decision of the Chairperson and not Mr. Justice Whealy’s exercise of discretion or conduct. The Court of Appeal of Ontario has already dealt with Charter issues raised in relation to Mr. Justice Whealy’s comments and it concluded that his conduct constituted an error of law. This fact is recognized even in the applicant’s memorandum of fact and law.

[41] The applicant argues, in his written representations that: “[t]he Canadian Judicial Council effectively condoned Mr. Justice Whealy’s violation of the applicant’s Charter rights. In so doing, the Canadian Judicial Council itself violated Mr. Taylor’s Charter rights.” The applicant further argues that the Council erred in failing to take appropriate action to respond to Mr. Justice Whealy’s violation of the applicant’s Charter rights. The applicant relies on *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, for the proposition that the Council, by so condoning the actions of the judge, vicariously violated the applicant’s Charter rights. *Robichaud, supra*, stands for the proposition that an employer may be vicariously liable for the actions of an employee under the *Canadian Human Rights Act* for reasons that do not touch upon the relationship between the Council and a federally appointed judge. I agree with the respondent’s submission that the Council is not Mr.

dans l’arrêt *Therrien*, précité, je conclus que la norme de contrôle qui s’applique à la décision du président est celle de la décision «manifestement déraisonnable».

[39] Plus loin dans ces motifs, je conclurai que la décision du président en l’espèce était raisonnable. Par conséquent, malgré la décision qui a été rendue au sujet de la norme de contrôle applicable, la décision du président, comme le montrera ma conclusion, satisfait à la norme moins stricte de la décision raisonnable *simpliciter*.

2) Le refus du Conseil de mener une enquête sur la conduite du juge Whealy a-t-il pour effet de dénier au demandeur le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte?

[40] Le demandeur soutient que la conduite du juge Whealy allait à l’encontre des principes de déontologie que les juges doivent respecter ainsi que des articles 2, 15 et 27 de la Charte. Il est utile de se rappeler au départ que c’est la décision du président qui est ici en cause et non l’exercice par le juge Whealy de son pouvoir discrétionnaire ou la conduite du juge Whealy. La Cour d’appel de l’Ontario a déjà tranché les questions liées à la Charte que soulevaient les remarques du juge Whealy; elle a conclu que la conduite du juge constituait une erreur de droit, ce qui est reconnu même dans l’exposé des faits et du droit du demandeur.

[41] Dans ses observations écrites, le demandeur affirme que [TRADUCTION] «[l]e Conseil canadien de la magistrature a effectivement fermé les yeux sur la violation par le juge Whealy des droits garantis par la Charte. Ce faisant, le Conseil canadien de la magistrature a lui-même violé les droits reconnus à M. Taylor par la Charte». Le demandeur affirme en outre que le Conseil a commis une erreur en omettant de prendre les mesures appropriées en vue de répondre à la violation par le juge Whealy des droits qui lui étaient reconnus par la Charte. Il se fonde sur l’arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, pour soutenir que le Conseil, en fermant ainsi les yeux sur les actions du juge, a violé par délégation les droits qui lui sont reconnus par la Charte. L’arrêt *Robichaud*, précité, étaye la thèse selon laquelle en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l’employeur peut être tenu responsable du fait d’autrui à l’égard des

Justice Whealy's employer nor did it exercise any control over the judge that would engage vicarious liability for his actions.

[42] It is a fundamental constitutional principle that judges are and must be independent of influence, be it from government, any other person, private interests and even other judges. (See *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.) Therefore, acts and comments of a judge cannot engage the liability of the Council. In my view, the applicant's argument of vicarious liability of the Council must fail. The applicant's argument must also fail since it is based on the false premise that the Chairperson, acting for the Council, condoned Mr. Justice Whealy's action. The evidence does not support this contention. The Chairperson was exercising his authority independent of influence from Mr. Justice Whealy or anyone else and carried out his duties as contemplated by the *Judges Act* and its by-laws. I therefore conclude that the Council cannot be held vicariously liable for the conduct of Mr. Justice Whealy.

[43] The applicant also argues that the Council itself breached his Charter rights by refusing to hold an inquiry into his complaint. The jurisprudence is clear, the Council and the Chairperson are required to exercise their discretion in accordance with the Charter. (See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.) The applicant essentially argues that this duty to conform with the Charter obligates the Chairperson to first conduct an inquiry; second, make a finding that Mr. Justice Whealy did breach the Charter and finally, order that a formal investigation under section 63 of the *Judges Act* be held. Such an argument is untenable. There is no basis to be found in law or in the applicable legislation to support such a contention.

[44] There is simply no evidence before me to suggest that the applicant has suffered any deprivation of his

actes d'un employé, mais les raisons y afférentes n'ont rien à voir avec la relation existant entre le Conseil et un juge nommé par le gouvernement fédéral. Je souscris à la prétention du défendeur selon laquelle le Conseil n'est pas l'employeur du juge Whealy et qu'il n'exerçait sur le juge aucun contrôle susceptible de déclencher une responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actions de ce dernier.

[42] Selon un principe constitutionnel fondamental, les juges sont et doivent être à l'abri de toute influence, qu'elle soit exercée par le gouvernement, par une autre personne, par des intérêts personnels ou même par d'autres juges. (Voir *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.) Les actes et remarques d'un juge ne peuvent donc pas engager la responsabilité du Conseil. À mon avis, l'argument du demandeur, en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui du Conseil, doit être rejeté. Cet argument doit également être rejeté parce qu'il est fondé sur l'hypothèse erronée selon laquelle le président, qui agissait pour le Conseil, a fermé les yeux sur les actions du juge Whealy. La preuve n'étaye pas cette prétention. Le président exerçait son pouvoir indépendamment de toute influence de la part du juge Whealy ou de toute autre personne et il exerçait ses fonctions telles qu'elles étaient prévues par la *Loi sur les juges* et par les règlements administratifs. Je conclus donc que le Conseil ne peut pas être tenu responsable du fait d'autrui à l'égard de la conduite du juge Whealy.

[43] Le demandeur affirme également que le Conseil a lui-même violé les droits garantis par la Charte en refusant d'enquêter sur sa plainte. La jurisprudence est claire: le Conseil et le président sont tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément à la Charte. (Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.) Le demandeur soutient essentiellement que cette obligation de se conformer à la Charte oblige le président, premièrement, à mener une enquête; deuxièmement, à conclure que le juge Whealy a de fait violé la Charte et enfin, à ordonner la tenue d'une enquête formelle en vertu de l'article 63 de la *Loi sur les juges*. Pareil argument ne saurait tenir. Il n'y a rien en droit ou dans la législation applicable qui puisse étayer pareille prétention.

[44] Je ne dispose tout simplement d'aucun élément de preuve qui donne à entendre que le demandeur a été

section 2, 15, or 27 rights under the Charter as a result of the Chairperson's actions. The applicant must also fail on this second issue.

- (3) Did the Chairperson act contrary to the *Judges Act* and the Council's applicable by-laws by expressing disapproval of the conduct of Mr. Justice Whealy and refusing to fully investigate and refer the matter to a panel for inquiry?

[45] The applicant submits that the Chairperson acted contrary to the Council's by-laws by expressing disapproval of the conduct of Mr. Justice Whealy. Sections 47 and 50 of the Council's by-laws provide as follows:

47. The Chairperson of the Committee shall review the complaint and may inquire into the matter by requesting comments from the judge concerned and from his or her chief justice.

...

50. (1) Subject to section 51, the Chairperson of the Committee, having reviewed the complaint and any report of inquiries, may close the file and shall advise the complainant with an appropriate reply in writing if

- (a) the matter is trivial, vexatious or without substance; or
- (b) the conduct of the judge is inappropriate or improper but the matter is not serious enough to warrant removal.

(2) If a judge recognizes that his or her conduct is inappropriate or improper, the Chairperson of the Committee who closes the file under paragraph (1)(b) may, when the circumstances so require, express disapproval of the judge's conduct.

[46] An analysis of the Chairperson's decision-making process illustrates how he fully complied with the applicable legislation and by-laws. The Council's by-laws specifically provide that the Chairperson may express disapproval of a judge's conduct in the course of closing a complaint file when he or she concludes that the impugned conduct is insufficient to warrant the judge's removal and the judge in question recognizes that his or her conduct is inappropriate or improper. The record clearly demonstrates the Chairperson followed the letter and spirit of the by-laws in every respect. The applicant provided no support in fact or law for his allegation to the contrary. In my view, the Chairperson's

privé, par suite des actions du président, des droits qui lui sont reconnus aux articles 2, 15 ou 27 de la Charte. L'argument du demandeur sur ce point doit également être rejeté.

- 3) Le président a-t-il agi en violation de la *Loi sur les juges* et des règlements administratifs applicables du Conseil en exprimant sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy et en refusant d'enquêter pleinement et de renvoyer l'affaire à un tribunal pour enquête?

[45] Le demandeur soutient que le président a agi en violation des règlements administratifs du Conseil en exprimant sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy. Les articles 47 et 50 des règlements du Conseil prévoient ce qui suit:

47. Le président du comité examine la plainte et peut enquêter à cette fin en demandant des commentaires au juge en cause et à son juge en chef.

[...]

50. (1) Sous réserve de l'article 51, après avoir examiné la plainte et tout rapport d'enquête, le président du comité peut, dans les cas suivants, fermer le dossier, auquel cas il en informe le plaignant par une réponse écrite appropriée:

- a) l'affaire est frivole, vexatoire ou dénuée de fondement;
- b) la conduite reprochée au juge est déplacée ou répréhensible, mais l'affaire n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation.

(2) Dans le cas où un juge reconnaît que sa conduite est déplacée ou répréhensible, le président du comité qui ferme le dossier en application de l'alinéa (1)b) peut, lorsque les circonstances le justifient, exprimer sa désapprobation quant à la conduite du juge.

[46] Une analyse du processus décisionnel montre que le président a observé à la lettre la législation et les règlements administratifs applicables. Les règlements du Conseil prévoient expressément que le président peut exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge lorsqu'il ferme le dossier s'il conclut que la conduite reprochée n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation du juge et si le juge en cause reconnaît que sa conduite était déplacée ou répréhensible. Le dossier montre clairement que le président a respecté l'esprit et la lettre des règlements administratifs à tous les égards. Le demandeur n'a fourni aucun élément en fait ou en droit à l'appui de l'allégation

decision was reasonably open to him and the exercise of his discretion was within his jurisdiction. Therefore, the applicant's argument on this issue must fail.

(4) Was a duty of fairness owed to the applicant by the Chairperson and if so was there a breach of this duty by the Chairperson?

[47] Essentially, the applicant argues that the process adopted by the Chairperson in handling the complaint against Mr. Justice Whealy breached the principles of natural justice and procedural fairness in that the Chairperson elicited information from only one party, the judge whose conduct was impugned and, in so doing, denied him an opportunity to be heard.

[48] The Supreme Court in *Knight v. Indian Head School Division No.19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at pages 669-670, held that "natural justice" and "procedural fairness" are synonymous terms which essentially define the content of the procedural duties imposed by the common law on the exercise of administrative power. However, in *Knight, supra*, the Court set, as a prerequisite to determining whether the content of such a duty is met, that a reviewing court must first determine whether such a duty exists. The Court held that three factors must be examined in determining whether a duty of fairness exists:

- (1) the nature of the decision to be made by the administrative body;
- (2) the relationship existing between that body and the individual; and
- (3) the effect of that decision on the individual's rights.

[49] The Chairperson's decisions under the by-laws of the Council are investigative powers. Sections 63 and 65 of the *Judges Act* do not confer an adjudicative function on the Council or its committees. This Court considered the question in *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769 (T.D.), at page 801, and held that: "It is true that a council can cause a committee to carry out an inquiry as to whether a judge should be removed, but ultimately all that the Council can do is to 'recommend'

contraire qu'il avait faite. À mon avis, le président pouvait avec raison prendre la décision qu'il a prise et il a exercé son pouvoir discrétionnaire dans les limites de ses attributions. L'argument du demandeur sur ce point doit donc être rejeté.

4) Le président avait-il une obligation d'équité envers le demandeur et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à cette obligation?

[47] Le demandeur soutient que la procédure adoptée par le président aux fins du traitement de la plainte déposée contre le juge Whealy allait à l'encontre des principes de justice naturelle et d'équité procédurale en ce sens que le président a obtenu des renseignements d'une seule personne, soit le juge dont la conduite était contestée et que, ce faisant, il a refusé au demandeur la possibilité de se faire entendre.

[48] Dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, aux pages 669 et 670, la Cour suprême a statué que les expressions «justice naturelle» et «équité procédurale» sont synonymes et définissent essentiellement le contenu des obligations procédurales imposées par la common law à l'exercice d'un pouvoir administratif. Toutefois, dans l'arrêt *Knight*, précité, la Cour a énoncé, comme condition permettant de déterminer si le contenu de pareille obligation est satisfait, que le tribunal d'examen doit d'abord déterminer si pareille obligation existe. La Cour a statué qu'il faut examiner trois facteurs en déterminant si une obligation d'équité existe:

- 1) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question;
- 2) la relation existant entre cet organisme et le particulier; et
- 3) l'effet de cette décision sur les droits du particulier.

[49] Les décisions que le président prend en vertu des règlements administratifs du Conseil sont liées à des pouvoirs d'enquête. Les articles 63 et 65 de la *Loi sur les juges* ne confèrent aucune fonction décisionnelle au Conseil ou à ses comités. La présente Cour a examiné la question dans la décision *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{re} inst.), à la page 801; elle a statué ce qui suit: «Le Conseil peut certes charger un comité de la tenue d'une enquête pour

to the Minister of Justice that the judge be removed from office. The power to recommend is not the power to make a binding decision.” The *Knight* decision *supra*, established that when a tribunal is called upon to investigate and recommend rather than exercise an adjudicative function, this is indicative that any duty of procedural fairness may be minimal.

[50] With respect to the second factor in *Knight*, *supra*, the relationship between the complainant and the Council, it is worth noting that the complaint process contemplated in the *Judges Act* is not aimed at adjudicating a complainant’s dispute with the judge but rather a process which is to investigate complaints for the purpose of determining whether a judge’s conduct warrants a recommendation for removal. Minimal participation by the complainant is contemplated. A complainant has a right to file a complaint and to be kept informed. There is no other relationship between the complainant and the Council.

[51] Finally, with respect to the third factor in *Knight*, *supra*, any recommendation of the Chairperson and the Council may well have a direct impact on the judge being investigated but, in my view, no such decision can possibly affect the rights of the complainant.

[52] The process is initiated by a complaint. The complainant has a right to make the complaint and to be kept informed. Beyond that, procedural fairness requires no further opportunity for the complainant to be heard. The complainant is not at risk, the right to be heard is the right of the person who is at risk, in this instance Mr. Justice Whealy.

[53] For the above reasons, I am of the opinion that since none of the three criteria set out in *Knight*, *supra*, are met by the applicant in the case before me, no duty of fairness is owed.

[54] Even if I were to decide that a duty of fairness was owed to the applicant, I am of the view that the

déterminer s’il y a lieu de révoquer un juge, mais doit en dernière analyse s’en tenir à «recommander» la révocation au ministre de la Justice. Or, pouvoir de recommander n’emporte pas pouvoir de rendre une décision ayant force obligatoire.» L’arrêt *Knight*, précité, a établi que lorsqu’un tribunal doit enquêter et faire des recommandations plutôt que d’exercer une fonction décisionnelle, cela indique que toute obligation en matière d’équité procédurale peut être minime.

[50] En ce qui concerne le deuxième facteur énoncé dans l’arrêt *Knight*, précité, à savoir la relation existant entre le plaignant et le Conseil, il vaut la peine de noter que la procédure prévue par la *Loi sur les juges* à l’égard des plaintes ne vise pas à régler le différend qui oppose le plaignant au juge, mais qu’il s’agit plutôt d’une procédure d’enquête sur les plaintes, destinée à permettre de déterminer si la conduite d’un juge justifie une recommandation visant sa révocation. Une participation minimale de la part du plaignant est envisagée. Le plaignant a le droit de déposer une plainte et d’être tenu informé. Il n’existe aucune autre relation entre le Conseil et lui.

[51] Enfin, en ce qui concerne le troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Knight*, précité, toute recommandation du président et du Conseil peut bien avoir des répercussions directes sur le juge qui fait l’objet de l’enquête, mais à mon avis pareille décision ne peut pas influencer sur les droits du plaignant.

[52] La procédure est engagée au moyen d’une plainte. Le plaignant a le droit de déposer une plainte et d’être tenu au courant de la situation, mais l’équité procédurale n’exige pas que l’on donne au plaignant une possibilité plus ample de se faire entendre. Le plaignant ne risque pas de subir un préjudice; c’est la personne qui risque de subir un préjudice, soit dans ce cas-ci le juge Whealy, qui a le droit de se faire entendre.

[53] Pour les motifs susmentionnés, je suis d’avis qu’étant donné que, dans l’affaire dont je suis saisi, le demandeur ne satisfait à aucun des trois critères énoncés dans l’arrêt *Knight*, précité, il n’existe aucune obligation d’équité.

[54] Même si je décidais qu’il existe une obligation d’équité envers le demandeur, j’estime que le contenu de

content of the duty was met fully. I make this determination on application of the five factors set out by the Supreme Court in the *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, to be considered in determining the content of the duty of fairness in administrative law. I agree with the submissions of both the intervener and the respondent with respect to the application of these factors in the present case and make the following findings:

(1) the nature of the decision was not adjudicative but rather investigative in nature;

(2) the statutory scheme and the by-laws provide a complainant with minimal rights of participation. Neither the Act nor the by-laws provide complainants with a statutory right to a particular process nor to any formal hearing of the complaint;

(3) the decision of the Chairperson to close the file with an expression of disapproval had no direct effect on the rights of the applicants, nor is the applicant subject to any penalty or loss as a result of the decision;

(4) there is an absence of any provision in the Act or in the by-laws for participation by a complainant and therefore a complainant can have no legitimate expectation of a right to a hearing;

(5) Subsection 61(3) of the Act gives the Council the right to set its own procedures.

[55] The Council's procedure allowed the complainant to put before it any allegation of misconduct and evidence in support of the allegation. The evidence in this case is that the complainant wrote to the Council on at least three occasions to make submissions with respect to the complaint. The Council's procedure did not prohibit this, on the contrary, the evidence points to these submissions having been received and considered on behalf of the Council by the Chairperson.

[56] I therefore conclude that if a duty of procedural fairness was owed to the applicant, the content of the duty in the context of the complaint was fully met.

l'obligation a été pleinement satisfait. Cette décision est fondée sur l'application des cinq facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, dont il faut tenir compte en déterminant le contenu de l'obligation d'équité en droit administratif. Je souscris aux arguments de l'intervenant et du défendeur en ce qui concerne l'application de ces facteurs en l'espèce et je tire les conclusions suivantes:

1) la décision n'est pas de nature décisionnelle, mais elle est plutôt de la nature d'une enquête;

2) le régime législatif et les règlements administratifs confèrent au plaignant des droits minimaux de participation. Ni la Loi ni les règlements ne confèrent aux plaignants un droit à une procédure particulière ou à une audition formelle de la plainte;

3) la décision du président de fermer le dossier en exprimant sa désapprobation n'a aucun effet direct sur les droits du demandeur, et le demandeur n'est pas assujéti à une peine ou à une perte par suite de la décision;

4) la Loi et les règlements administratifs ne renferment aucune disposition prévoyant la participation du plaignant et ce dernier ne peut donc pas légitimement s'attendre à avoir droit à une audience;

5) le paragraphe 61(3) de la Loi confère au Conseil le droit d'établir ses propres procédures.

[55] La procédure suivie par le Conseil permettait au plaignant de lui soumettre toute accusation d'inconduite ainsi que des éléments de preuve à l'appui de l'accusation. En l'espèce, la preuve montre que le plaignant a écrit au Conseil à au moins trois reprises en vue de faire valoir ses arguments au sujet de la plainte. La procédure suivie par le Conseil ne l'interdisait pas; au contraire, la preuve montre que ces arguments ont été reçus et qu'ils ont été examinés par le président pour le compte du Conseil.

[56] Je conclus donc que, s'il existe une obligation d'équité procédurale envers le demandeur, le contenu de l'obligation, dans le contexte de la plainte, a été pleinement satisfait.

(5) Did the actions of the Chairperson in refusing to investigate the initial complaint raise a reasonable apprehension of bias that would preclude him from dealing with the complaint?

[57] The applicant argues that a reasonable apprehension of bias was raised by virtue of the fact that the Chairperson in effect reconsidered his own decision not to take any action upon the original complaint.

[58] The proper test to be applied in assessing whether a reasonable apprehension of bias arises was set by the Federal Court of Appeal and confirmed by the Supreme Court of Canada in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394, where Mr. Justice de Grandpré, writing in dissent, stated:

... the test ... is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

[59] In *Baker, supra*, at paragraph 47, Madam Justice L’Heureux-Dubé reaffirmed the well-established principle and stated that:

... the standards for reasonable apprehension of bias may vary, like other aspects of procedural fairness, depending on the context and the type of function performed by the administrative decision-maker involved.

[60] I am of the view that the Chairperson did not conduct an improper reconsideration or “appeal” of his decision and thus, his action does not raise a reasonable apprehension of bias. The evidence is that, after the original closing of the file, the Chairperson indicated in a letter dated January 23, 1995 to the complainant that the Council would be prepared to reconsider its position should the Court of Appeal of Ontario comment adversely on Mr. Justice Whealy’s conduct. Ultimately, on December 9, 1998, Council closed the file with an expression of disapproval. In my opinion, the Chairperson’s decision to express disapproval of Mr. Justice Whealy’s conduct, essentially rescinding his initial position, demonstrates his open-mindedness rather than bias.

5) Les actions du président, lorsqu’il a refusé d’enquêter sur la plainte initiale, suscitent-elles une crainte raisonnable de partialité l’empêchant de statuer sur la plainte?

[57] Le demandeur soutient qu’il existe une crainte raisonnable de partialité compte tenu du fait que le président a en fait reconsidéré sa propre décision de ne pas prendre de mesures par suite de la plainte initiale.

[58] Le critère qu’il convient d’appliquer pour déterminer s’il existe une crainte raisonnable de partialité a été énoncé par la Cour d’appel fédérale et confirmé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394, où le juge de Grandpré, qui était dissident, a dit ce qui suit:

[...] ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

[59] Dans l’arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 47, le juge L’Heureux-Dubé a confirmé le principe bien établi et a dit ce qui suit:

[...] le test relatif à la crainte raisonnable de partialité pouvait varier, comme d’autres éléments de l’équité procédurale, selon le contexte et le genre de fonction exercée par le décideur administratif concerné [...]

[60] J’estime que le président n’a pas effectué un réexamen irrégulier ou n’a pas procédé à un «appel» irrégulier de la décision qu’il avait prise et, par conséquent, son action ne suscite aucune crainte raisonnable de partialité. Selon la preuve, le président, après avoir initialement fermé le dossier, a fait savoir au plaignant, dans une lettre en date du 23 janvier 1995, que le Conseil était prêt à réexaminer sa position si la Cour d’appel de l’Ontario faisait des remarques défavorables au sujet de la conduite du juge Whealy. En fin de compte, le 9 décembre 1998, le Conseil a fermé le dossier en exprimant sa désapprobation. À mon avis, la décision que le président a prise d’exprimer sa désapprobation au sujet de la conduite du juge Whealy, de sorte qu’il revenait essentiellement sur sa position initiale, démontre une certaine ouverture d’esprit plutôt que de la partialité.

[61] The Supreme Court of Canada in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1190, described the reasonable apprehension of bias test applicable to bodies performing a non-adjudicative role, as is the case in this instance, as one which requires, “a tribunal to maintain an open mind and to be free of bias, actual or perceived,” all of which are part of the *audi alteram partem* principle which requires decision-makers to consider both sides and to provide a fair opportunity for opposing views to be considered.

[62] In applying the above tests to the present case, I find that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would conclude that it is more likely than not that the Chairperson would decide fairly. The Chairperson, in my view, throughout the process maintained an open mind and was free of bias and would be so perceived by an informed person observing the matter reasonably.

(6) Can mandamus issue against the Council or the Chairperson compelling the Council to conduct a full investigation into the complaint against Mr. Justice Whealy?

[63] The respondent submits that, in order to obtain the remedy of *mandamus*, the applicant must establish that there existed a public duty on the Council or Chairperson to act and that this duty was owed to him. I agree with the submissions of the respondent on this point. The *Judges Act*, its Regulations and Council’s by-laws do not provide for a mandatory formal investigation at the request of the complainant. A complainant, under the process provided for under Council’s by-laws, has the right to have his or her complaint in writing considered and to be notified of a decision once made. I find that there exists no public duty on the Council or the Chairperson to conduct a full investigation at the request of the complainant. I therefore find that *mandamus* cannot issue in the present case.

[61] Dans l’arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1190, la Cour suprême du Canada a défini le critère relatif à la crainte raisonnable de partialité qui s’applique aux organismes qui ont un rôle non décisionnel, comme c’est ici le cas, comme exigeant «qu’un tribunal administratif fasse preuve d’ouverture d’esprit et qu’il soit, en fait et en apparence, exempt de partialité», ce qui fait partie du principe *audi alteram partem* selon lequel les décideurs doivent examiner la situation sous ses différents angles et donner une possibilité équitable de soulever des points de vue opposés.

[62] En appliquant les critères susmentionnés en l’espèce, je conclus qu’une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait que le président prendrait probablement une décision équitable. À mon avis, le président a toujours eu l’esprit ouvert et s’est toujours montré impartial et c’est ainsi qu’une personne bien renseignée étudiant l’affaire d’une façon raisonnable envisagerait la situation.

(6) Une ordonnance de mandamus peut-elle être rendue à l’encontre du Conseil ou du président, en vue d’enjoindre au Conseil de mener une enquête complète sur la plainte dont le juge Whealy a fait l’objet?

[63] Le défendeur soutient qu’afin d’obtenir l’ordonnance de *mandamus*, le demandeur doit établir que le Conseil ou le président avaient une obligation publique d’agir, et qu’ils avaient une telle obligation à son égard. Je souscris aux prétentions du défendeur sur ce point. La *Loi sur les juges*, son règlement d’application et les règlements administratifs du Conseil ne prévoient pas la tenue d’une enquête formelle obligatoire à la demande du plaignant. En vertu de la procédure prévue dans les règlements administratifs du Conseil, le plaignant a le droit de faire examiner sa plainte par écrit et d’être avisé de la décision y afférente. Je conclus qu’il n’existe aucune obligation publique de la part du Conseil ou du président de mener une enquête complète à la demande du plaignant. Je conclus donc qu’une ordonnance de *mandamus* ne peut pas être rendue en l’espèce.

[64] For all of the above reasons, I conclude that the Chairperson's decision was reasonable and was made within the exercise of his jurisdiction. I find that the applicant has failed to establish any ground that would warrant the intervention of this Court.

[65] For all these reasons, the application for judicial review will be dismissed.

ORDER

This Court orders that:

1. The application for judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, of the decision of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee of the Canadian Judicial Council, communicated in a letter by the Executive Director of the Council, dated December 9, 1998, is dismissed.

[64] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que la décision du président était raisonnable et que le président a pris cette décision dans l'exercice de sa compétence. Je conclus que le demandeur n'a pas réussi à établir l'existence d'un motif justifiant l'intervention de la présente Cour.

[65] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

ORDONNANCE

La Cour ordonne:

1. La demande de contrôle judiciaire qui a été présentée conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, à l'encontre de la décision du président du comité sur la conduite judiciaire du Conseil canadien de la magistrature, communiquée par une lettre de la directrice exécutive du Conseil en date du 9 décembre 1998, est rejetée.

T-361-99
2001 FCT 1046

T-361-99
2001 CFPI 1046

Mediterranean Shipping Company S.A. Geneva
(Plaintiff)

Mediterranean Shipping Company S.A. Genève
(demanderesse)

v.

c.

Sipco Inc. (Defendant)

Sipco Inc. (défenderesse)

**INDEXED AS: MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. GENEVA
v. SIPCO INC. (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. GENÈVE
c. SIPCO INC. (1^{re} INST.)**

Trial Division, Blais J.—Montréal, June 26; Ottawa,
September 25, 2001.

Section de première instance, juge Blais—Montréal,
26 juin; Ottawa, 25 septembre 2001.

Maritime Law — Carriage of Goods — Action for recovery of unpaid ocean freight for carriage of nine containers — Earlier shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant alleging subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Pleading legal, equitable set-off as defence; counterclaiming for losses arising from breach of contract, negligence — Evidence, admissions establishing defendant owed plaintiff US\$30,150 for ocean freight — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of claim for damages as defence against claim for unpaid freight — Therefore defendant not entitled to set-off under equity — As contract not permitting set-off, legal set-off not available as defence — Plaintiff negligent in handling of seventh container, but counterclaim dismissed as damages not proven.

Droit maritime — Transport de marchandises — Action visant à obtenir le paiement du fret maritime dû pour le transport de neuf conteneurs — Cargaison de sept conteneurs maritimes de pneus antérieurement livrée avec un manquant à l'arrivée — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — La défenderesse alléguait que son client lui avait réclamé des frais et notamment des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — La défenderesse plaidait en défense la compensation en common law et en equity et présentait une demande reconventionnelle pour les pertes subies en raison des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse — Suivant la preuve et les faits admis, la défenderesse devait à la demanderesse 30 150 \$US pour le fret maritime — Sauf en cas de disposition contraire au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse ne pouvait donc invoquer la compensation en equity — Comme le contrat ne permettait pas la compensation, la défenderesse ne pouvait non plus invoquer le moyen de défense tiré de la compensation en vertu de la common law — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la demande reconventionnelle est rejetée parce que la défenderesse n'a pas prouvé ses dommages.

Maritime Law — Practice — In action for recovery of unpaid ocean freight, defendant pleading defence of set-off, counterclaiming for damages arising from breach of contract, negligence — Counterclaim not prescribed by Hague-Visby Rules, Art. III(6), discharging carrier from all liability in respect of goods unless suit brought within one year of delivery — One-year delay running from delivery, not discharge — Delivery taking place on day last piece of cargo actually or constructively delivered — Defendant says seventh container delivered in July 1998 — Defence and counterclaim filed in June 1999, within one year of delivery.

Droit maritime — Pratique — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a plaidé la compensation en défense et a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse — La demande reconventionnelle n'était pas prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby, dont l'art. III(6) décharge de toute responsabilité le transporteur à l'égard des marchandises, sauf si une action est intentée dans l'année de leur délivrance — Le délai d'un an commence à courir à compter de la livraison et non du déchargement — La livraison a lieu le jour où la dernière

Maritime Law — Torts — Shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant, in action for unpaid freight, counterclaiming for damages due to negligence — Stating subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Hague-Visby Rules, incorporated into Canadian law by Carriage of Goods by Water Act, Art. III(2) requiring carrier to properly, carefully load, handle, stow, keep, care for, discharge goods carried — Duty at loading very broad — Principles of proof running through cases dealing with Rules reviewed — Plaintiff negligent in handling seventh container, but defendant shared part of responsibility when asked that bill of lading be signed even though not accurate — Plaintiff's responsibility not limited by limitation clauses in bill of lading as Art. III(8) making null, void any clause in contract of carriage relieving carrier from liability for damage to goods arising from negligence — Counterclaim failed, however, because defendant not proving damages.

Equity — Defendant, in action for recovery of unpaid freight charges for carriage by sea, seeking set-off of damages for breach of contract, negligence in earlier carriage by sea when one container arriving late, resulting in storage, handling, re-inspection charges to defendant — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of damages as defence against claim for unpaid freight — Defendant not entitled to set-off under equity.

This was an action for recovery of unpaid ocean freight in the amount of US\$30,150 (C\$43,189.88) and related charges for the carriage by sea of nine containers of tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under an ocean

marchandise a été déchargée et a été effectivement livrée ou est présumée avoir été livrée — La défenderesse affirme que le septième conteneur a été livré en juillet 1998 — La défense et demande reconventionnelle a été déposée en juin 1999, avant l'expiration du délai d'un an de la livraison.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Cargaison de sept conteneurs de pneus arrivant avec un manquant — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite de la négligence de la demanderesse — Elle alléguait que son client lui avait réclamé des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — L'art. III(6) des règles de La Haye-Visby, incorporées au droit canadien par la Loi sur le transport des marchandises par eau, oblige le transporteur à procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises qu'il transporte — L'obligation imposée lors du chargement est très vaste — Examen des principes de preuve qui reviennent constamment dans la jurisprudence relative aux Règles — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la défenderesse a une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même s'il n'était pas exact — La responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement, étant donné que l'art. III(8) des règles de La Haye-Visby déclare nulle et non avenue toute clause dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence — La défenderesse est toutefois déboutée de sa demande reconventionnelle parce qu'elle n'a pas prouvé ses dommages.

Equity — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime à la suite du transport par mer de marchandises, la défenderesse cherchait à opérer la compensation entre la créance de la demanderesse et les dommages qu'elle affirmait avoir subis par suite des manquements au contrat et de la négligence commis par la demanderesse lors d'un transport maritime antérieur au cours duquel un conteneur était arrivé en retard, ce qui lui avait fait subir des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — Sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse n'a pas le droit à une compensation en equity.

Il s'agit d'une action en paiement de la somme de 30 150 \$US (43 189,88 \$CAN), à titre de fret maritime, et de frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs de pneus entre Toronto et Bandar Abbas, dans le

bill of lading dated April 22, 1998. Four months earlier the defendant had shipped seven sea containers containing tires to Bandar Abbas. Six containers arrived according to schedule, but the seventh did not arrive until months later, having apparently been left at Halifax. As a result, the first six containers were unable to clear customs because the documentation indicated that seven containers were to be cleared. The defendant stated that it was subject to charge-backs by its customer in Iran and incurred other expenses such as the costs of transferring, storage, insurance, handling and reinspection of the first six containers, legal fees, replacement of tires which were damaged by extended shipping, and banking charges. It submitted that it was entitled at law and in equity to claim a set-off. It also alleged breach of contract or negligence, as a result of which it was unable to secure a reorder from its customer and lost profits from a new transaction. The plaintiff submitted that the defendant could not claim set-off in respect of a different contract of carriage; the bill of lading specifically provided that no set-off exists against the carrier's claim for freight; a claim for damages for breach of contract or negligence cannot be set-off against a claim for freight; and the defendant's claim for damages was unrelated to the contract of carriage. In defence to the counterclaim, it argued that the contract of carriage provided that any claim for freight is always due whether the goods arrive or not, or whether they arrive damaged or not. Moreover, the defendant had no right to deduct from the freight, or to set-off against the freight, any claim it might have against the plaintiff. The plaintiff also submitted that the bill of lading was expressly subject to the Hague-Visby Rules, under which it would have no liability for the damages claimed, and under which the plaintiff was entitled to limit its liability. The plaintiff argued that the action was prescribed by those Rules.

The issues were: (1) whether the defendant owed the plaintiff the amount of US\$30,150 for ocean freight and related charges; (2) whether the defendant was entitled to set-off the plaintiff's claim; and (3) whether the plaintiff breached its contract or was negligent in handling the

golfe Persique, aux termes d'un connaissance signé le 22 avril 1998. Quatre mois plus tôt, la défenderesse avait expédié à Bandar Abbas sept conteneurs maritimes dans lesquels se trouvaient des pneus. Six des sept conteneurs maritimes sont arrivés dans les délais prévus, mais le septième n'est parvenu à destination que plusieurs mois plus tard, après avoir selon toute vraisemblance été laissé à Halifax. En raison de cette erreur de livraison, il n'a pas été possible de dédouaner les six premiers conteneurs parce que, suivant les documents joints à la cargaison, sept conteneurs devaient passer la douane. La défenderesse affirmait que son client iranien lui a réclamé des frais et qu'elle avait engagé d'autres dépenses telles que des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance, de manutention et de réinspection des six premiers conteneurs, des honoraires d'avocats, la valeur de remplacement des pneus, qui avaient subi des dommages à cause des retards dans la livraison, et des frais bancaires. La défenderesse affirmait qu'elle avait le droit, en common law et en *equity*, d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse. Elle affirmait également que, par suite des manquements au contrat de la demanderesse, elle n'avait pas réussi à obtenir d'autres commandes de son client et qu'elle avait subi un manque à gagner relativement à une nouvelle opération. La demanderesse affirmait que la défenderesse n'avait pas le droit d'opérer compensation relativement à un contrat de transport différent; elle ajoutait que le connaissance stipulait expressément que la créance sur fret du transporteur ne pouvait faire l'objet d'une compensation; elle soutenait qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des manquements au contrat ou une négligence ne pouvait faire l'objet d'une compensation avec une créance sur fret et affirmait que la demande de dommages-intérêts était sans rapport avec le contrat de transport. En réponse à la demande reconventionnelle, la demanderesse affirmait que le contrat de transport prévoyait que le fret est toujours dû, peu importe que les marchandises arrivent ou non à destination ou qu'elles subissent des avaries en cours de transport. La demanderesse affirmait en outre que la défenderesse n'avait pas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'elle peut avoir contre la demanderesse. La demanderesse soutenait aussi que le connaissance était expressément assujéti aux règles de La Haye-Visby, qui l'exonéraient de toute responsabilité relativement aux avaries en cause et qui lui donnaient le droit de limiter sa responsabilité. La demanderesse soutenait que l'action était prescrite aux termes des règles en question.

Les questions en litige consistent à savoir: 1) si la défenderesse doit à la demanderesse la somme de 30 150 \$US pour le fret maritime et les frais connexes; 2) si la défenderesse a le droit d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse; 3) si la demanderesse a

containers, and whether the defendant incurred damages.

Held, the plaintiff's claim was allowed, and the defendant's counterclaim was dismissed for failure to provide any evidence of damages.

(1) The plaintiff had the burden of proving that the defendant owed it the charges it alleged. There was evidence relating to the carriage by sea of the nine containers which, together with admissions by the parties, was sufficient to establish that the defendant owed the plaintiff US\$30,150.

(2) Set-off is the "right of a debtor to claim that his liquidated debt due to a creditor shall be expunged by another liquidated debt . . . due by the creditor to him". Unless stated otherwise in the contract, the defendant cannot raise set-off of its claim for damages as a defence against the plaintiff's claim for unpaid freight. The plaintiff submitted that the contract of carriage provides that no set-off exists against the carrier's claim for freight, relying on a clause in the bill of lading. The defendant was not aware of the limitation and exclusion clauses that the plaintiff was relying upon because the parties had simply agreed that the plaintiff would provide the documentation, but the plaintiff never brought the terms of the fine print on any such documents to the defendant's attention. For the purpose of the set-off argument, it did not matter whether or not the defendant was aware of the limitation regarding set-off since it could not use the defence under equity and, since the contract did not permit set-off, legal set-off was not available either as a defence. If the defendant wanted to rely on set-off, it should have added a clause to that effect to the contract. Even if the bill of lading was silent regarding set-off, the defendant would not have been able to rely on the defence unless the contract explicitly so provided.

The defendant also brought a counterclaim for losses allegedly resulting from the breach of contract or negligence. The plaintiff submitted that the defendant's action was prescribed by the Hague-Visby Rules, which were incorporated into Canadian law by the *Carriage of Goods by Water Act*. Article III(6) thereof discharges the carrier from all liability in respect of the goods unless suit is brought within one year of their delivery or of the date when they should have been delivered. The plaintiff said that the

violé son contrat ou a fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et si la défenderesse a subi des dommages.

Jugement: la demande de la demanderesse est accueillie et la demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée au motif qu'elle n'a pu fournir de preuves au sujet des dommages qu'elle prétend avoir subis.

1) Il incombait à la demanderesse de prouver que la défenderesse lui devait les frais qu'elle réclamait. La Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve au sujet du transport maritime des neuf conteneurs pour pouvoir conclure, en tenant compte des faits admis par les parties, que la défenderesse devait à la demanderesse la somme de 30 150 \$US.

2) La compensation s'entend du «droit du débiteur d'obtenir l'extinction totale ou partielle de sa dette liquidée en opérant compensation entre sa créance et celle de son créancier». Sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, la défenderesse ne peut pas opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé. Invoquant une clause du connaissement, la demanderesse soutenait que le contrat de transport prévoyait que la créance sur fret du transporteur ne pouvait faire l'objet d'une compensation. La défenderesse n'était pas au courant des clauses limitatives et d'exclusion que la demanderesse invoquait, parce que les parties avaient convenu que la demanderesse fournirait la documentation pertinente, mais la demanderesse n'avait jamais signalé à l'attention de la défenderesse le détail des clauses de ces documents. Pour ce qui est du moyen tiré de la compensation, il importe peu que la défenderesse ait été ou non au courant de la clause limitative relative à la compensation, puisqu'elle ne pouvait invoquer ce moyen de défense en *equity* et que, comme le contrat ne permet pas la compensation, elle ne pouvait non plus invoquer ce moyen de défense en vertu de la common law. Si la défenderesse voulait invoquer la compensation, elle aurait dû insérer une clause en ce sens dans le contrat. Même si le connaissement était muet au sujet du moyen de défense tiré de la compensation, la défenderesse n'aurait pu faire valoir ce moyen que si le contrat le prévoyait expressément.

La défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les dommages qu'elle affirmait avoir subis en raison de la violation du contrat et de la négligence de la demanderesse. La demanderesse soutenait que la demande reconventionnelle de la défenderesse était prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby, qui ont été incorporées en droit interne canadien en vertu de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, dont le troisième alinéa de l'article III(6) décharge de toute responsabilité le

defendant began its action over one year following the scheduled arrival. The one-year delay runs from delivery, not discharge and delivery takes place on the day that the last piece of cargo, the seventh container in this case, has been discharged and actually or constructively delivered. The defendant stated that the seventh container was delivered in the first week of July 1998. Given that the defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999, the defendant began its action within one year of the delivery and therefore the counterclaim was not prescribed under the Hague-Visby Rules.

(3) Hague-Visby Rules, Article III(2) requires the carrier to properly and carefully load, handle, stow, keep, care for and discharge the goods carried. This duty at loading is very broad. It means that the cargo is loaded safely, that it is loaded without delay and stowed in such a manner that it can be found for quick and safe discharge. The three principles of proof running through the cases dealing with the Rules are: (1) the carrier is *prima facie* liable for loss or damage to cargo received in good order and out-turned short or in bad order; (2) the parties are in general required to make proof of whatever facts are available to them; and (3) the onus of proof means making proof to a reasonable degree. After reviewing what each party had proved, the Court concluded that the plaintiff was negligent in handling the seventh container. However, the defendant shared a part of the responsibility when it asked that the bill of lading be signed even though only six of the seven containers had arrived, thus causing problems with the Iranian customs.

The plaintiff's responsibility was not limited by the clauses in the bill of lading. Hague-Visby Rules, Article III(8) provides that any clause in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for damage to goods arising from negligence shall be null and void.

transporteur et le navire, sauf si une action est intentée dans l'année de délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles auraient dû être délivrées. Suivant la demanderesse, la défenderesse avait introduit son action plus d'un an après l'arrivée prévue de la cargaison. Le délai de prescription d'un an commence à courir à la date de livraison et non à la date du déchargement, et la livraison a lieu le jour où les dernières marchandises, en l'occurrence, le septième conteneur, sont déchargées et sont effectivement ou présumément livrées. La défenderesse affirmait que le septième conteneur avait été livré au cours de la première semaine de juillet 1998. Compte tenu du fait que la défenderesse avait déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999, la défenderesse a introduit son action dans l'année de la livraison et, en conséquence, la demande reconventionnelle de la défenderesse n'est pas prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby.

3) L'article III(2) des règles de La Haye-Visby oblige le transporteur à procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées. Cette obligation lors du chargement est vaste. Elle signifie que la cargaison doit être chargée dans de bonnes conditions de sécurité, qu'elle est chargée sans retard et qu'elle est arrimée de manière qu'on puisse la trouver pour la décharger rapidement et sans danger. En matière de demandes d'indemnité pour pertes ou avaries de marchandises, il existe trois principes de preuve qui reviennent constamment dans toute la jurisprudence relative aux règles de La Haye-Visby: 1) le transporteur est présumé responsable de la perte ou de l'avarie subie par les marchandises reçues en bon état lorsqu'elles sont constatées manquantes ou débarquées en mauvais état; 2) les parties sont en règle générale tenues de faire la preuve de tous les faits dont elles ont eu connaissance; 3) la charge de la preuve oblige à rapporter la preuve des faits dans la mesure du raisonnable. Après avoir examiné la preuve de chacune des parties, la Cour conclut que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur. La défenderesse a toutefois une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même si seulement six des sept conteneurs avaient été livrés, causant ainsi des problèmes avec les douaniers iraniens.

La responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement. L'article III(8) des règles de La Haye-Visby dispose que toute clause dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence est nulle, non avenue et sans effet.

But the counterclaim failed because the defendant failed to provide any evidence of damages. The evidence regarding the cost of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers was not sufficient to establish on the balance of probabilities that the defendant suffered these losses. There was no invoice from the warehouse, no details as to how the various fees were calculated, and no dates were provided regarding the time of storage. These details should have been available to the defendant, and should have been submitted into evidence. The defendant also failed to demonstrate on a balance of probabilities that it paid US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo. The only evidence of out-of-pocket expenses incurred by the defendant was a statement in an affidavit as to the amount. No documents were provided in support thereof. That contention without any other explanation was not sufficient to establish on a balance of probabilities that the amount was incurred or paid. Since no evidence was provided in support of the allegation that the defendant incurred legal fees because of the plaintiff's negligence, the defendant was not entitled to reimbursement of those fees. Although there was evidence of a claim for replacement of units found defective as a result of damage suffered in prolonged shipping, no evidence was adduced regarding how the claim was dealt with. The claim by the defendant for banking charges and interest was not substantiated. As to the claim for loss of profit, the evidence was insufficient to conclude that binding contracts were reached between the defendant and its client. In any event, even if valid contracts had been concluded, the evidence did not establish, on a balance of probabilities, that the contracts were lost because of the plaintiff's negligence.

La défenderesse est déboutée de sa demande reconventionnelle parce qu'elle n'a présenté aucune preuve pour établir ses dommages. Les éléments de preuve qu'elle a soumis au sujet des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs ne sont pas suffisants pour établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle a subi les dommages en question. Il n'y a pas de facture de l'entrepôt, de détails sur la façon dont les divers frais ont été calculés ou de date au sujet de la durée de l'entreposage. La défenderesse aurait dû être au courant de ces détails et elle aurait dû les soumettre en preuve. La défenderesse n'a pas réussi non plus à démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'elle a versé la somme de 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison. Le seul élément de preuve au sujet des débours de la défenderesse est une déclaration, dans un affidavit, au sujet de leur montant. Aucun document n'a été soumis à l'appui de cet argument. Sans plus d'explications, cette affirmation n'est pas suffisante pour établir selon la prépondérance des probabilités que cette somme a été engagée ou payée. Comme aucun élément de preuve n'a été soumis pour appuyer l'allégation que la défenderesse a engagé des honoraires d'avocat en raison de la négligence de la demanderesse, la défenderesse n'a pas droit au remboursement de ses frais. Bien que la preuve tende à démontrer qu'une réclamation a été formulée pour obtenir le remplacement des pneus défectueux (en raison de la longue période au cours de laquelle ils sont demeurés dans les conteneurs), aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la suite qui a été donnée à une telle réclamation. Au sujet des frais et intérêts bancaires, il n'y a aucun élément de preuve qui justifie la somme réclamée. Quant au présumé manque à gagner, il n'y a aucune preuve qu'un contrat exécutoire a été conclu entre la défenderesse et son client. Même si des contrats avaient été valablement conclus, la preuve n'établit pas, selon la prépondérance des probabilités, que les contrats ont été perdus en raison de la négligence de la demanderesse.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21, s. 7(1).

Hague-Visby Rules, being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21, Sch. I, art. III(2),(6),(8), IV(2)(g), VII.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 189(1).

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 ("Hague Rules").

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»).

Loi sur le transport de marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21, art. 7(1).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 189(1).

Règles de la Haye-Visby, qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport de marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21, ann. I, art. III(2),(6),(8), IV(2)(g), VII.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

S/S Steamship Co. v. Eastern Carribean Container Line S.A., [1986] 2 F.C. 27; (1986), 26 D.L.R. (4th) 472; 66 N.R. 74 (C.A.); *Pantainer Ltd. v. 996660 Ontario Ltd. (c.o.b. Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237; 183 F.T.R. 211 (F.C.T.D.); *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956); *Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.

ACTION for recovery of unpaid ocean freight and related charges for the carriage by sea of nine containers of tires from Toronto to Bandar Abbas; counterclaim for damages arising from breach of contract and/or negligence in the carriage by sea of seven containers of tires under an earlier bill of lading. Action allowed, and counterclaim dismissed for failure to provide evidence of damages.

APPEARANCES:

J. Kenrick Sproule for plaintiff.
Stephen M. Turk for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Sproule & Pollack, Montréal, for plaintiff.
Davis & Turk, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] BLAIS J.: This is a simplified action by Mediterranean Shipping Company (the plaintiff), for recovery of unpaid ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers.

[2] In its defence, Sipco Inc. (the defendant) has pleaded a legal and equitable set-off as a result of damages it incurred arising from the carriage by sea of seven sea containers. The defendant also issued a counterclaim for losses that resulted to it because of the plaintiff's breach of contract/negligence in relation

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

S/S Steamship Co. c. Eastern Carribean Container Line S.A., [1986] 2 C.F. 27; (1986), 26 D.L.R. (4th) 472; 66 N.R. 74 (C.A.); *Pantainer Ltd. c. 996660 Ontario Ltd. (exerçant son activité sous le nom de Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237; 183 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.); *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956); *Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montréal, Yvon Blais, 1988.

ACTION en paiement du fret maritime et de frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs de pneus entre Toronto et Bandar Abbas; demande reconventionnelle pour dommages subis en raison de la violation du contrat et/ou de la négligence lors du transport par mer de sept conteneurs de pneus en vertu d'un connaissance antérieur. L'action est accueillie et la demande reconventionnelle est rejetée pour défaut de prouver les dommages.

ONT COMPARU:

J. Kenrick Sproule pour la demanderesse.
Stephen M. Turk pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sproule & Pollack, Montréal, pour la demanderesse.
Davis & Turk, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE BLAIS: La Cour est saisie d'une action simplifiée introduite par Mediterranean Shipping Company (la demanderesse) en vue d'obtenir le paiement du fret maritime et des frais connexes qui lui sont dus pour le transport par mer de neuf conteneurs.

[2] Dans sa défense, Sipco Inc. (la défenderesse) a plaidé la compensation en common law et en *equity* en invoquant les dommages qu'elle a subis lors du transport par mer de sept conteneurs maritimes. La défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les pertes qu'elle affirme avoir

to the January 20, 1998 shipment of the seven sea containers and corresponding bill of lading. The losses claimed by the defendant in its counterclaim are in excess of the set-off pleaded as a defence.

FACTS

Principal claim

[3] The plaintiff, a contractual carrier, claims the amount of C\$43,189.88 and interest on the basis that the defendant owes it the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy-duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf, under ocean bill of lading MSCU-MO82233585 dated April 22, 1998, at Montréal.

[4] The plaintiff explains that the defendant has refused and/or neglected to pay the plaintiff the aforesaid sum of US\$30,150, despite having been put duly on notice to do so by the plaintiff on repeated occasions.

Statement of defence and counter claim

[5] The defendant explains that on January 20, 1998, under ocean bill of lading MSCU-MO7499293, it shipped, from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf, with the plaintiff, seven sea containers containing tires valued at approximately US\$250,000. The shipment of the seven sea containers was one shipment out of many to a customer in Iran, which fact was known to the plaintiff.

[6] The defendant further explains that six of the seven sea containers arrived at Bandar Abbas according to schedule. However, one sea container never arrived according to the schedule and as contracted for. Rather, the seventh sea container remained in Halifax, Nova Scotia, and eventually arrived at Bandar Abbas, sometime in early July 1998,

subies en raison des présumés manquements au contrat et de la négligence dont la demanderesse se serait rendue coupable lors de l'expédition, le 20 janvier 1998, des sept conteneurs maritimes et de la violation par la demanderesse du connaissement correspondant. Les pertes alléguées par la défenderesse dans sa demande reconventionnelle sont supérieures au montant de la compensation invoquée à titre de moyen de défense.

FAITS

Demande principale

[3] La demanderesse, un transporteur contractuel, réclame la somme de 43 189,88 \$CAN, avec intérêts, au motif que la défenderesse lui doit la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime et les frais connexes relatifs au transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585, signé le 22 avril 1998 à Montréal.

[4] La demanderesse explique que la défenderesse a refusé et/ou négligé de lui payer la somme susmentionnée de 30 150 \$US malgré le fait qu'elle l'a dûment mise en demeure à plusieurs reprises de s'exécuter.

Défense et demande reconventionnelle

[5] La défenderesse explique que, le 20 janvier 1998, aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293, elle a expédié à la demanderesse, de Toronto à Bandar Abbas, dans le golfe Persique, sept conteneurs maritimes dans lesquels se trouvaient des pneus évalués à environ 250 000 \$US. La livraison des sept conteneurs maritimes s'inscrivait dans le cadre d'une série de livraisons effectuées à un client iranien, ce que la demanderesse savait.

[6] La défenderesse explique en outre que six des sept conteneurs maritimes sont arrivés à Bandar Abbas dans les délais prévus. Cependant, un des conteneurs n'est pas arrivé à destination selon l'échéancier prévu et les modalités du contrat. Le septième conteneur maritime est en effet demeuré à Halifax, en Nouvelle-Écosse, et a fini par arriver à Bandar Abbas

months after its scheduled arrival.

[7] As a result of the mis-shipment, the first six containers shipped were unable to clear customs due to the fact that the documentation associated with the shipment, as prepared by the plaintiff, indicated that seven containers were to be cleared.

[8] The defendant was first informed of the mis-shipment by its customer in Iran and immediately advised the plaintiff of the problem which in turn led to the locating of the missing container and its ultimate delivery to Bandar Abbas. The plaintiff had in fact lost track of the seventh container and had no record indicating that this one container was still in the shipyard in Halifax.

THE PLAINTIFF'S POSITION

Principal claim

[9] The plaintiff claims:

- (a) The amount of C\$43,189.88;
- (b) Interest at the Bank of Canada Prime commercial lending rate calculated from April 22, 1998 until payment;
- (c) Costs of the action.

[10] The plaintiff is of the view that the amount of US\$30,150 is equivalent to no less than C\$43,189.88 and that the defendant is well and truly indebted to plaintiff in the amount of no less than C\$43,189.88.

Statement of defence and counterclaim

[11] In its reply and statement of defence to the counterclaim, the plaintiff submits that the allegations regarding the set-off are irrelevant and illegally pleaded since the allegations are in respect of a different contract of carriage, which is not the subject of the present action and, more particularly, is unrelated to the plaintiff's claim for freight.

[12] The plaintiff explains that the defendant is not entitled to set-off any alleged claim for breach of contract or negligence against the plaintiff's claim for freight because:

au début de juillet 1998, plusieurs mois après la date prévue de son arrivée.

[7] En raison de cette erreur de livraison, il n'a pas été possible de dédouaner les six premiers conteneurs à cause du fait que, suivant les documents établis par la demanderesse au sujet de la cargaison, sept conteneurs devaient passer la douane.

[8] La défenderesse a été mise au courant de l'erreur de livraison par son client iranien et a immédiatement signalé le problème à la demanderesse, à la suite de quoi le conteneur manquant a été retrouvé et a finalement été livré à Bandar Abbas. La demanderesse avait en fait perdu la trace du septième conteneur et ne disposait d'aucune information indiquant que ce conteneur se trouvait toujours au chantier maritime de Halifax.

THÈSE DE LA DEMANDERESSE

Demande principale

[9] La demanderesse réclame ce qui suit:

- a) La somme de 43 189,88 \$CAN;
- b) Les intérêts au taux préférentiel de la Banque du Canada, calculés entre le 22 avril 1998 et la date du paiement;
- c) Les dépens de l'action.

[10] La demanderesse estime que la somme de 30 150 \$US équivaut au moins à 43 189,88 \$CAN et que la défenderesse lui doit effectivement et en réalité au moins 43 189,88 \$CAN.

Défense et demande reconventionnelle

[11] Dans sa réponse et sa défense à la demande reconventionnelle, la demanderesse affirme que les moyens tirés de la compensation ne sont pas pertinents et qu'ils sont mal fondés, étant donné qu'ils se rapportent à un contrat de transport différent, qui ne fait pas l'objet de la présente action et qui, plus particulièrement, est sans rapport avec la créance sur fret de la demanderesse.

[12] La demanderesse explique que la défenderesse n'a pas le droit d'opérer compensation entre sa présumée créance fondée sur les manquements au contrat ou la négligence qu'elle lui reproche et la

(a) The terms and conditions of the relevant contract of carriage provide that no set-off exists against the carrier's claim for freight as appears from clause 16 of the relevant bill of lading;

(b) The claim for damages resulting from an alleged breach of contract or negligence cannot be set-off against a claim for freight and this in virtue of the applicable law;

(c) The claim for damages which the defendant seeks to set-off against the plaintiff's claim for freight is unrelated to the contract of carriage in virtue of which the plaintiff has instituted the proceedings in recovery of unpaid freight.

[13] In defence to the defendant's counterclaim, the plaintiff states that the terms and conditions respecting the contract of carriage which is the subject of the plaintiff's principal claim, and which also govern the contract of carriage in virtue of which the defendant has counterclaimed for damages, provide that any claim for freight is always due to the plaintiff whether the vessel of goods arrive at port of destination or not, whether one or the other be lost during the voyage, or whether the goods arrive damaged or short.

[14] Moreover, the plaintiff is entitled to payment of the whole freight from the defendant and defendant has in no case the right to deduct from the freight or to set-off against the freight any claim it should have against the plaintiff, including shortage or damage, as appears from clause 16 of the relevant bills of lading.

[15] Subsidiarily, the plaintiff submits that clause 1 of the relevant bills of lading provides that the terms and conditions thereof are subject to the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and*

créance sur fret de la demanderesse pour les raisons suivantes:

a) Les modalités du contrat de transport applicable prévoient que la créance sur fret du transporteur ne peut faire l'objet d'une compensation, ainsi qu'il est stipulé à l'article 16 du connaissement applicable;

b) La demande de dommages-intérêts fondée sur les manquements au contrat ou sur la négligence reprochés à la demanderesse ne peut faire l'objet d'une compensation avec une créance sur fret, selon les règles de droit applicable;

c) La demande de dommages-intérêts dont la défenderesse cherche à opposer la compensation avec la créance sur fret de la demanderesse est sans rapport avec le contrat de transport en vertu duquel la demanderesse a introduit son action en recouvrement du fret impayé.

[13] En réponse à la demande reconventionnelle de la défenderesse, la demanderesse affirme que les modalités du contrat de transport qui fait l'objet de la demande principale de la demanderesse et qui régissent également le contrat de transport sur lequel la défenderesse fonde sa demande reconventionnelle en dommages-intérêts prévoient que le fret est toujours dû à la demanderesse, que le bâtiment qui transporte les marchandises arrive ou non à destination, que des marchandises se perdent au cours du voyage et que les marchandises subissent des avaries en cours de transport ou qu'il y ait des manquants à l'arrivée.

[14] La demanderesse affirme en outre qu'elle a le droit d'être payée pour la totalité du fret par la défenderesse et que celle-ci n'a en aucun cas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'elle peut avoir contre la demanderesse, y compris en cas de manquants ou d'avaries à l'arrivée, ainsi qu'il ressort de l'article 16 des connaissements pertinents.

[15] À titre subsidiaire, la demanderesse affirme que l'article premier des connaissements pertinents stipule que ses modalités sont assujetties aux règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et*

Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924] and/or the Hague-Visby Rules [being Schedule I of the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21].

[16] Consequently, the damages claimed, if any, which may have occurred by reason of the alleged late delivery of one container resulted from a cause for which the carrier would have no liability under the Hague or Hague-Visby Rules, namely:

- Perils of the sea;
- Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative;
- Insufficiency of packing;
- Inherent defect, quality or vice of the goods;
- Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier and without the fault or neglect of the servants of carrier.

[17] Furthermore, the carrier/plaintiff is entitled to limit its liability pursuant to the terms and conditions of the relevant bills of lading and as prescribed by the Hague and Hague-Visby Rules.

[18] In any event, the plaintiff alleges that the damages claimed are grossly exaggerated and are far in excess of the damages which the shipment would have suffered by the time it was discharged from the vessel and/or delivered under the bills of lading.

[19] Moreover, the present action was commenced more than one year after the shipment, which is the subject of the defendant's counterclaim, was delivered at the port of discharge.

[20] The action is, on its face, prescribed in virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules. The plaintiff pleads the application of Canadian maritime law and avails itself of all terms, conditions, notations made on the relevant bills of lading which apply in its favour.

Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924] et/ou aux Règles de La Haye-Visby [qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21].

[16] En conséquence, les dommages qui ont pu se produire en raison de la présumée livraison en retard d'un des conteneurs sont imputables à une cause au sujet de laquelle les règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby exonèrent le transporteur de toute responsabilité, en l'occurrence:

- périls de la mer;
- acte ou omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant;
- insuffisance d'emballage;
- vices cachés ou vices propres de la marchandise;
- toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute de ses agents ou préposés.

[17] Le transporteur (la demanderesse) a de plus le droit de limiter sa responsabilité conformément aux modalités des connaissements pertinents et selon les dispositions des règles de La Haye et des règles de La Haye-Visby.

[18] En tout état de cause, la demanderesse affirme que les dommages allégués sont extrêmement exagérés et qu'ils dépassent de beaucoup les avaries que la cargaison aurait subies lorsqu'elle a été déchargée du navire et/ou livrée aux termes des connaissements.

[19] Qui plus est, la présente action a été introduite plus d'un an après la livraison, au port de déchargement, de la cargaison visée par la demande reconventionnelle de la défenderesse.

[20] L'action serait à première vue prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby. La demanderesse invoque l'application du droit maritime canadien et se prévaut de toutes les modalités, conditions et mentions figurant sur les connaissements pertinents qui s'appliquent en sa faveur.

THE DEFENDANT'S POSITION

Statement of defence and counterclaim

[21] The defendant alleges that the plaintiff breached its contract with the defendant to properly ship and deliver the seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas. The defendant also contends in alternative that the plaintiff was negligent in handling the seven sea containers.

[22] As a result of the breach of contract/negligence with respect to the mis-shipment of the seven sea containers, the defendant incurred damages for which it is entitled in law and equity to claim a set-off against the claims of the plaintiff. The defendant explains that it was subject to charge backs by its customer in Iran and other expenses such as:

- Costs of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers which could not be cleared by customs until the seventh container arrived: US\$9,334;
- Cost of reinspection of the seven containers due to interruption of the proper and timely custom clearance claimed by the Iranian customer and out-of-pocket expenses for the defendant's representative to travel to Bandar Abbas: US\$16,750;
- Legal fees incurred in Iran: US\$2,900;
- Replacement CIF Value of Defective Units (defects having been caused by the extended time (six months) the tires remained in the containers): US\$29,754;
- Banking charges and interest incurred as a result of a performance bond guarantee in the amount of US\$104,000 which had to be kept in place as collateral by the Iranian customer—US\$4,183.

[23] The total of the set-off claimed is US\$62,921.

[24] The defendant pleads that it kept the plaintiff fully apprised of all events surrounding the mis-

THÈSE DE LA DÉFENDERESSE

Défense et demande reconventionnelle

[21] La défenderesse affirme que la demanderesse n'a pas exécuté le contrat aux termes duquel elle s'était engagée envers la défenderesse à transporter et à livrer les sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas. La défenderesse soutient également à titre subsidiaire que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes.

[22] En raison des manquements au contrat et de la négligence dont la demanderesse s'est rendue coupable lors du transport des sept conteneurs maritimes, la défenderesse a subi des dommages pour lesquels elle a le droit, en common law et en *equity*, d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse. La défenderesse explique que son client iranien lui a réclamé des frais de même que d'autres dépenses tels que:

- frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs qui n'ont pu être dédouanés qu'après l'arrivée du septième conteneur: 9 334 \$US;
- frais de réinspection des sept conteneurs en raison de l'interruption du dédouanement régulier et en temps opportun des conteneurs réclamés par le client iranien et débours engagés pour permettre au représentant de la défenderesse de se rendre à Bandar Abbas: 16 750 \$US;
- honoraires d'avocats engagés en Iran: 2 900 \$US;
- valeur de remplacement CAF des articles défectueux (en raison de la longue période (six mois) au cours de laquelle les pneus sont demeurés dans les conteneurs): 29 754 \$US;
- frais et intérêts bancaires résultant de la signature d'un cautionnement d'exécution d'un montant de 104 000 \$US que le client iranien devait consentir à titre de garantie: 4 183 \$US.

[23] La somme totale dont la défenderesse réclame la compensation s'élève à 62 921 \$US.

[24] La défenderesse affirme qu'elle a tenu la demanderesse parfaitement au courant de tous les

shipment and its dealings with its Iranian customer and that on a number of occasions the plaintiff's representative advised, acknowledged and warranted to the defendant that it would fully reimburse the defendant for all charges and expenses incurred in relation to the mis-shipment.

[25] The defendant also claims by counterclaim damages as follows:

(a) Damages for breach of contract and/or negligence and/or breach of warranty in the amount of US\$32,771 after the set-off amounts listed above or US\$62,921 before the set-off amounts listed above;

(b) Damages for loss of profit in the amount of US\$150,000, amended at the hearing to US\$192,265;

(c) Interest at the Bank of Canada Prime commercial lending rate calculated;

(d) Costs on a solicitor and client basis.

[26] The defendant in its counterclaim relies on the allegations set out in the statement of defence.

[27] As a result of the breach of contract and/or negligence of the plaintiff with respect to the shipment of the seven containers, all of which is set out above, the defendant was unable to secure a reorder from its Iranian customer as envisaged and approved and as a result lost profits on a new transaction concerning the sale of OTR tires valued at US\$2,300,000. Said sale would have allowed for a gross profit of US \$150,000, amended at the hearing to US \$192,265 which the defendant now claims against the plaintiff in law and equity.

ISSUES

1. Does the defendant owe the plaintiff the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related

événements entourant les problèmes d'expédition et ses rapports avec son client iranien. Elle ajoute qu'à plusieurs reprises, le représentant de la demanderesse a déclaré, reconnu et garanti à la défenderesse que la demanderesse rembourserait intégralement à la défenderesse tous les frais et toutes les dépenses engagés en raison des problèmes d'expédition.

[25] La défenderesse réclame également dans sa demande reconventionnelle les dommages-intérêts suivants:

a) Dommages-intérêts pour inexécution de contrat et/ou négligence et/ou inobservation de garantie pour la somme de 32 771 \$US, après compensation des sommes susmentionnées, ou pour la somme de 62 921 \$US avant compensation des sommes en question;

b) dommages-intérêts pour manque à gagner pour la somme de 150 000 \$US, qui a été portée à 192 265 \$US à l'audience;

c) intérêts calculés au taux préférentiel de la Banque du Canada;

d) les dépens extrajudiciaires.

[26] Dans sa demande reconventionnelle, la défenderesse se fonde sur les allégations articulées dans la défense.

[27] Par suite des manquements au contrat et/ou la négligence de la demanderesse relativement à l'expédition des sept conteneurs, dont les détails ont déjà été exposés, la défenderesse n'a pas réussi à obtenir d'autres commandes de sa cliente iranienne, contrairement à ce qui avait été envisagé et approuvé, et a de ce fait subi un manque à gagner relativement à une nouvelle opération portant sur une vente de pneus tout-terrains évaluée à 2 300 000 \$US. Cette vente lui aurait permis de réaliser un bénéfice brut de 150 000 \$US, somme qui a été modifiée au procès et qui a été portée à 192 265 \$US, que la défenderesse réclame maintenant à la demanderesse en common law et en *equity*.

QUESTIONS EN LITIGE

1. La défenderesse doit-elle à la demanderesse la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime

charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy-duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under ocean bill of lading MSCU-MO82233585?

2. Is the defendant entitled to set-off the plaintiff's claim on the basis of the damages allegedly incurred by the defendant when the plaintiff allegedly breached its contract with the defendant or acted negligently in shipping and delivering seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas pursuant to ocean bill of lading MSCU-MO7499293?

3. Did the plaintiff breach its contract with the defendant or was the plaintiff negligent in handling the seven sea containers and did the defendant incur damages?

ANALYSIS

1. Does the defendant owe the plaintiff the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under ocean bill of lading MSCU-MO82233585?

[28] The defendant did not dispute the fact that the plaintiff incurred those charges and that the defendant did not pay the plaintiff for these charges. However, the plaintiff has the burden of proving that the defendant owes it the charges it alleges.

[29] There is evidence relating to the carriage by sea of the nine containers at Tab 4 of the plaintiff's answers to the written examination. The 12th document at tab 4 is the Booking Reference for the shipment under ocean bill of lading MSCU-MO82233585.

[30] The 29th document is a description of the shipment where the price of US\$ 30,150 appears.

[31] The 30th document is the bill of lading MSCU-MO82233585 rider.

et les frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585?

2. La défenderesse a-t-elle le droit d'opérer compensation entre sa créance et la créance de la demanderesse en raison des dommages qu'elle aurait subis par suite de la violation par la demanderesse du contrat qu'elle a conclu avec elle ou de la négligence de la demanderesse lors du transport et de la livraison de sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293?

3. La demanderesse a-t-elle violé le contrat qu'elle a conclu avec la défenderesse ou a-t-elle fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et la défenderesse a-t-elle subi des dommages?

ANALYSE

1. La défenderesse doit-elle à la demanderesse la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime et les frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585?

[28] La défenderesse ne conteste pas le fait que la demanderesse a engagé les frais en question et que la défenderesse ne les lui a pas remboursés. Il incombe toutefois à la demanderesse de prouver que la défenderesse lui doit les frais qu'elle réclame.

[29] On trouve à l'onglet 4 des réponses de la demanderesse à l'interrogatoire écrit des éléments de preuve relatifs au transport maritime des neuf conteneurs. Le 12^e document que l'on trouve à l'onglet 4 est la référence de réservation concernant l'expédition des marchandises aux termes du connaissement MSCU-MO82233585.

[30] Le 29^e document est une description de l'expédition. La mention du prix de 30 150 \$US y figure.

[31] Le 30^e document est un avenant au connaissement MSCU-MO82233585.

[32] Considering the evidence before the Court and admissions by the parties, I have no hesitation to conclude that the defendant owes the plaintiff the amount of US\$30,150.

2. Is the defendant entitled to set-off the plaintiff's claim on the basis of the damages allegedly incurred by the defendant when the plaintiff allegedly breached its contract with the defendant or acted negligently in shipping and delivering seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas pursuant to ocean bill of lading MSCU-MO7499293?

[33] W. Tetley in *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. (Montréal: Yvon Blais, 1988) defined set-off as follows at page 894:

Set-off today can be defined as the right of a debtor to claim that his liquidated debt due to a creditor shall be expunged by another liquidated debt (or part thereof) due by the creditor to him.

[34] W. Tetley explains the Canadian law regarding set-off at pages 904-908:

1) Introduction

The Canadian law regarding set-off of a claim for cargo loss or damage against a claim for freight has been inconsistent, first leaning towards the American position, but later drawing nearer to the English position. Earlier decisions, both in respect to carriage by sea and inland transport, permitted set-off for loss or damage to cargo as against a claim for freight. No judgment has suggested, however, that the set-off could take place after the one-year delay for suit of the Hague Rules had expired.

Although the Federal Court Rules and the principle of equitable set-off have been invoked to permit set-off, two appellate court decisions have ruled against a cargo damage claim being used to set-off a claim for freight.

2) The Right to Freight

As in England and the United States, freight is due in Canada upon delivery even if the cargo is damaged, unless

[32] Compte tenu des éléments de preuve soumis à la Cour et des faits admis par les parties, je conclus sans hésiter que la défenderesse doit à la demanderesse la somme de 30 150 \$US.

2. La défenderesse a-t-elle le droit d'opérer compensation entre sa créance et la créance de la demanderesse en raison des dommages qu'elle aurait subis par suite de la violation par la demanderesse du contrat qu'elle a conclu avec elle ou de la négligence de la demanderesse lors du transport et de la livraison de sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293?

[33] Voici en quels termes l'auteur W. Tetley définit la compensation dans son ouvrage *Marine Cargo Claims*, 3^e éd. (Montréal: Yvon Blais, 1988), à la page 894:

[TRADUCTION] On peut de nos jours définir la compensation comme le droit du débiteur d'obtenir l'extinction totale ou partielle de sa dette liquidée en opérant compensation entre sa créance et celle de son créancier.

[34] Tetley retrace l'évolution du droit canadien en matière de compensation aux pages 904 à 908 de son ouvrage:

[TRADUCTION]

1) Introduction

La jurisprudence canadienne relative à la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret a longtemps été flottante. Nos tribunaux ont d'abord penché pour la position américaine, mais se sont par la suite rapprochés davantage de la position anglaise. Dans les décisions les plus anciennes concernant tant le transport maritime que le transport terrestre, les tribunaux permettaient la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret. Aucun tribunal n'a toutefois laissé entendre que la compensation pouvait avoir lieu après l'expiration du délai de prescription d'un an prévu par les règles de La Haye pour l'introduction des poursuites.

Bien que les Règles de la Cour fédérale et le principe de la compensation en *equity* aient été invoqués pour permettre la compensation, deux juridictions d'appel se sont prononcées contre la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret.

2) Le droit au fret

Tout comme en Angleterre et aux États-Unis, le fret est exigible au Canada dès la livraison de la cargaison et ce,

the contract of carriage stipulates the contrary. Usually, the bill of lading or voyage charterparty declares that freight is due «ship or cargo, lost or not lost»; such a stipulation only reiterates the carrier's basic right to freight.

3) Early Canadian Decisions

Early Canadian Admiralty marine decisions permitted set-off for cargo loss or damage against freight. When the cargo claim was contested, both claims were heard at the same time in the form of claim and counterclaim.

Similarly, decisions dealing with land transport have favoured the right of a cargo owner to plead loss or damage to cargo as a defence or counterclaim to an action for freight.

A counterclaim by the carrier for general average contribution was permitted by the Supreme Court of Canada against a claim for cargo damage.

4) The Federal Court Rules

The Federal Court Rules presently and historically have encouraged set-off of a claim for loss or damage to cargo against a claim for freight. Rule 418 [now Rule 186] describes a pleading which is similar in many ways to the American defence of recoupment and reads as follows:

«Where a claim by a defendant to a sum of money (whether of any ascertained amount or not) is relied on as a defence to the whole or part of a claim made by the plaintiff, it may be included in the defence by way of compensation or as a set-off against the plaintiff's claim, whether or not it is also added as a counterclaim or cross-demand.»

This rule points out that the defence of set-off may also be added as a counterclaim or cross-demand. Rule 1717 [now Rule 189] reads:

«(1) A defendant in any action who claims that he is entitled to any relief or remedy against a plaintiff in the action in respect of any matter, whenever and however arising, may, instead of bringing a separate action, make a counterclaim or cross-demand in respect of that matter.

même si la cargaison a subi des avaries, à moins que le contrat de transport ne stipule le contraire. Habituellement, le connaissement ou le contrat d'affrètement par charte-partie déclare que le fret est dû «qu'il y ait perte ou non du navire ou de la cargaison,». Cette stipulation ne fait que répéter le droit fondamental du transporteur au paiement du fret.

3) Jurisprudence canadienne antérieure

À l'origine, les tribunaux canadiens compétents en matière d'amirauté permettaient la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret. En cas de contestation de la créance sur facultés, les deux réclamations étaient instruites en même temps sous forme de demande et de demande reconventionnelle.

De même, les tribunaux saisis de demandes relatives au transport terrestre ont favorisé le droit du propriétaire de la cargaison d'invoquer la perte ou les avaries subies par la cargaison à titre de moyen de défense ou de demande reconventionnelle en réponse à une action en recouvrement du fret.

La Cour suprême du Canada admettait par ailleurs l'introduction d'une demande reconventionnelle par le transporteur pour contribution aux avaries communes en réponse à une demande fondée sur les avaries subies par la cargaison.

4) Les Règles de la Cour fédérale

Les Règles de la Cour fédérale ont toujours favorisé la compensation entre les créances sur fret et les réclamations pour perte ou avaries à la cargaison. L'article 418 [maintenant l'article 186] des Règles vise un acte de procédure qui ressemble à plusieurs égards au moyen de défense du dédommagement qui est reconnu en droit américain. En voici le texte:

«Lorsqu'une demande d'une somme d'argent (d'un montant précisé ou non) faite par un défendeur sert à fonder une défense contre tout ou partie d'une demande faite par le demandeur, elle peut être incluse dans la défense sous forme de compensation ou de *set-off* avec la demande du demandeur, qu'elle soit ou ne soit pas également faite à titre de demande reconventionnelle.»

On constate à la lecture de cette disposition que le moyen de défense tiré de la compensation peut aussi être invoqué dans le cadre d'une demande reconventionnelle. L'article 1717 [maintenant l'article 189] des Règles prévoit pour sa part ce qui suit:

«(1) Un défendeur dans une action qui prétend avoir droit à un redressement contre un demandeur dans l'action relativement à une question qui se pose à n'importe quel moment ou dans n'importe quelles circonstances, peut, au lieu d'intenter une action distincte, faire une demande reconventionnelle relativement à cette question.

(2) A counterclaim or cross-demand shall be included in the same document as the defence.»

...

5) Equitable Set-off

Canadian Admiralty courts have an equitable jurisdiction giving them discretion which they have on occasion tried to use for the purpose of setting off a cargo damage claim against a claim for freight. Equitable set-off has been said to be more accurately described as an «equitable defence» since «the defendant can in equity set up his loss in diminution or extinction of the contract price. It is in the nature of a defence.»

6) The Present Position

The two recent Federal Court of Appeal decisions of *St. Lawrence Construction Ltd. v. Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.* and *S/S Steamship Co. Ltd. v. Eastern Caribbean Container Line* seem to have ended the trend that pointed towards a wider application of set-off as a defence in Admiralty claims

Indeed, the trial Judge in *St. Lawrence Construction Ltd.* thought that the question of set-off against unpaid freight charges had become «somewhat academic». He concluded, after referring to a number of decided cases, that there could not be a defence of set-off, since the claim was not liquidated until it was assessed by agreement or by reference. The Court of Appeal sided with the trial Judge and observed that the two Quebec cases relied upon by the respondent in first instance had been well refuted by «the modern cases (which) appear strongly to support the appellants' argument that a set-off against freight is not permitted in a case of this kind.»

The decision of the Federal Court of Appeal in *S/S Steamship Co. Ltd.* also disapproved of the use of set-off as a defence to a claim for freight, but on different grounds. Its reasoning did not make the right to set-off contingent on the fact that the claim was liquidated; rather the Court of Appeal relied on the English Admiralty rule against set-off as being a «substantive rule of long standing which is part of the Canadian maritime law as defined in sect. 2 of the *Federal Court Act*»:

«Canadian maritime law' means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of

(2) Une demande reconventionnelle doit être comprise dans le même document que les moyens de défense.»

[. . .]

5) Compensation en equity

Les tribunaux d'amirauté canadiens jouissent d'une compétence en *equity* qui leur confère un pouvoir discrétionnaire qu'ils ont à l'occasion tenté d'utiliser pour opérer compensation entre une créance sur facultés et une créance sur fret. La compensation en *equity* serait plus exactement qualifiée de «moyen de défense en *equity*», étant donné que [TRADUCTION] «le défendeur peut, en *equity*, se servir de sa perte pour réduire ou éteindre le prix du contrat. Elle est de la nature d'un moyen de défense.»

6) La position actuelle

Les deux arrêts récents que la Cour d'appel fédérale a rendus dans les affaires *St. Lawrence Construction Ltd. c. Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.* et *S/S Steamship Co. Ltd. c. Eastern Caribbean Container Line* semblent avoir mis un terme à la tendance vers une application plus large de la compensation à titre de moyen de défense en droit maritime.

D'ailleurs, dans le jugement *St. Lawrence Construction Ltd.*, le juge de première instance s'est dit d'avis que la question de la compensation du fret impayé était devenue «quelque peu théorique». Il a conclu, après avoir cité plusieurs décisions, qu'il ne pouvait y avoir de moyen de défense fondé sur la compensation, étant donné que la créance n'était liquidée que lorsqu'elle est fixée par convention ou à la suite d'un renvoi. La Cour d'appel s'est ralliée au juge de première instance et a fait observer que les deux jugements du Québec invoqués par l'intimée en première instance avaient été bien réfutés par «la jurisprudence récente qui semble appuyer fortement l'argument de l'appelante suivant lequel il n'est pas permis d'opérer compensation avec le fret en pareil cas.»

Dans l'arrêt *S/S Steamship Co. Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a également désapprouvé l'utilisation de la compensation comme moyen de défense à une créance sur fret, mais pour des motifs différents. Dans son raisonnement, la Cour d'appel n'a pas assujéti le droit à la compensation à la liquidation de la créance. La Cour a plutôt statué que la règle d'amirauté anglaise était «une règle de fond établie de longue date qui fait partie du droit maritime canadien tel qu'il est défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*»:

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce

the Parliament of Canada;»

The English Admiralty rule had also been recognized in the trial Judge's decision, but since it «has not been clearly endorsed by the Canadian courts», the trial Judge was «prepared to find that the defence of set-off ought to be allowed . . .».

The basis for the Federal Court of Appeal's refusal to recognize set-off as a defence to a cargo damage claim seems to be in accord with the subsequent definition of «Canadian maritime law» given by the Supreme Court in *The Buenos Aires Maru*:

« . . the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament, and as it has developed through judicial precedent to date.»

Hence, there is a Canadian consensus established that a cargo damage claim cannot be set-off against a carrier's claim for unpaid freight although an English court has permitted equitable set-off against a claim for time charter hire. [Footnotes omitted.]

[35] In *S/S Steamship Co. v. Eastern Caribbean Container Line S.A.*, [1986] 2 F.C. 27 (C.A.), the Federal Court of Appeal concluded that the English admiralty rule against set-off was part of the Canadian maritime law. The Federal Court of Appeal held [at pages 28-30]:

The appellant had obtained judgment by default against Eastern Caribbean Container Line S.A. ("Eastern") for the sum of \$111,296.05. It commenced garnishee proceedings against Brunswick International Seafood Ltd. ("Brunswick") which allegedly owed a sum of US\$8,700 to Eastern as freight for the carriage of goods under a maritime bill of lading. An order to show cause was issued under Rule 2300(1) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. Brunswick appeared in answer to that order and denied its liability. It did not deny having promised to pay Eastern the sum of US\$8,700 as freight for the transportation by ship of a certain quantity of fish from Saint John, New Brunswick, to Port-au-Prince, Haiti; it did not deny, either, that Eastern had in effect transported the fish to its destination. However, it said that Eastern had undertaken to deliver the fish at

droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada.»

Le juge de première instance avait également reconnu l'applicabilité de la règle d'amirauté anglaise, mais comme elle n'avait pas «été clairement endossée par les tribunaux canadiens», le juge de première instance s'était dit «disposé à conclure que, en l'espèce, la défense de compensation doit être accueillie» [. . .]

Les motifs invoqués par la Cour d'appel fédérale pour justifier son refus de reconnaître la compensation à titre de moyen de défense dans une demande portant sur des avaries à la cargaison semblent s'accorder avec la définition de l'expression «droit maritime canadien» que la Cour suprême du Canada a donnée par la suite dans l'arrêt *Le Buenos Aires Maru*:

«[. . .] L'expression "droit maritime canadien" comprend donc tout cet ensemble de règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été à l'occasion modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires.»

Il existe donc au Canada un consensus suivant lequel il n'est pas permis d'opérer compensation entre une créance sur facultés et la créance sur fret du transporteur et ce, même si un tribunal anglais a permis une compensation en *equity* dans le cas d'un loyer d'affrètement à temps. [Renvois omis.]

[35] Dans l'arrêt *S/S Steamship Co. c. Eastern Caribbean Container Line S.A.*, [1986] 2 C.F. 27 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a conclu que le principe de droit maritime anglais qui interdisait la compensation faisait partie du droit maritime canadien. La Cour d'appel fédérale a déclaré ce qui suit [aux pages 28 à 30]:

L'appelante avait obtenu un jugement par défaut condamnant Eastern Caribbean Container Line S.A. («Eastern») à lui payer la somme de 111 296,05 \$. Elle a entamé des procédures de saisie-arrêt contre Brunswick International Seafoods Ltd. («Brunswick») dont il était allégué qu'elle devait une somme de 8 700 \$US à Eastern, cette somme représentant le fret prévu dans un connaissance maritime pour le transport de marchandises. Une ordonnance prescrivant à Brunswick d'exposer les raisons pour lesquelles elle ne devrait pas payer a été prononcée conformément à la Règle 2300(1) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Brunswick, comparaisant pour satisfaire à cette ordonnance, a nié être redevable de cette somme. Elle n'a pas nié avoir promis de payer à Eastern la somme de 8 700 \$US à titre de fret pour le

Port-au-Prince on June 1, 1984, and had in fact, delivered it only on June 26, 1984. Brunswick asserted that, as a result of that delay, it had suffered damages in the amount of US\$12,000 that it was entitled to recover from Eastern. It concluded that, as a result, it owed nothing to Eastern and that, for that reason, the application for a garnishee order should be dismissed.

...

Dubé J. rightly acknowledged [at page 287] that “[a] review of the English common law in admiralty matters discloses that set-off for damages cannot be raised as a defence in an action for freight under a bill of lading”. In his opinion [at page 291], however, that prohibition “has not been clearly endorsed by the Canadian courts” and, for that reason, he was [at page 292] “prepared to find that the defence of set-off ought to be allowed in the instant case”.

In our view, the English admiralty rule here in question is a substantive rule of long standing which is part of the Canadian maritime law as defined in section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. The fact that it has not yet “been clearly endorsed by the Canadian Courts” is of no consequence; it is enough that it has not been clearly rejected in any of the cases cited by Dubé J.

He, therefore, should have held that Brunswick could not set off its claim for damages against Eastern’s claim for freight. [Notes omitted.]

[36] In *Pantainer Ltd. v. 996660 Ontario Ltd. (c.o.b. Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237 (F.C.T.D.), a motion for summary judgment to recover amounts owing by the defendant for freight and ancillary charges was brought by the plaintiffs. The defendant claimed that damage to cargos and financial losses attributed to alleged breaches of contract by the plaintiffs gave it a right to set-off against the claim. Teitelbaum J. concluded [at paragraphs 84-85 and 94]:

The general rule that freight must be paid without deduction, unless the parties have agreed otherwise, is

transport par bateau d’une certaine quantité de poisson de Saint John, au Nouveau-Brunswick, à Port-au-Prince, en Haïti; elle n’a pas non plus nié qu’Eastern ait, en fait, transporté le poisson jusqu’à sa destination. Elle a toutefois dit qu’Eastern s’était engagée à livrer le poisson à Port-au-Prince le 1^{er} juin 1984 et ne l’avait, en fait, livré que le 26 juin 1984. Brunswick a affirmé qu’ayant, à cause de ce retard, subi des dommages s’élevant à 12 000 \$US, elle a le droit de recouvrer cette somme d’Eastern. Elle a conclu que ne devant, en conséquence, rien à Eastern, la demande d’ordonnance de saisie-arrêt devait être rejetée.

[...]

Le juge Dubé a reconnu à bon droit [à la page 287] qu’«[u]n examen de la *common law* anglaise en matière d’amirauté révèle que la compensation des dommages-intérêts ne peut être soulevée comme moyen de défense à une action pour fret dû en vertu d’un *connaissance*». Selon son opinion [à la page 291], toutefois, cette interdiction «n’a pas été clairement endossée par les tribunaux canadiens»; pour ce motif, il dit [à la page 292] être «disposé à conclure que, en l’espèce, la défense de compensation doit être accueillie».

À notre avis, la règle d’amirauté anglaise dont il est question en l’espèce est une règle de fond établie de longue date qui fait partie du droit maritime canadien tel qu’il est défini à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10]. Il importe peu qu’elle n’ait pas «été clairement endossée par les tribunaux canadiens»; il suffit qu’elle n’ait été clairement rejetée dans aucune des décisions mentionnées par le juge Dubé.

Par conséquent, il aurait dû conclure que Brunswick n’avait pas le droit d’opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation d’Eastern au chef du fret. [Renvois omis.]

[36] Dans l’affaire *Pantainer Ltd. c. 996660 Ontario Ltd. (exerçant son activité sous le nom de Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour était saisie d’une requête en jugement sommaire présentée par les demanderesse en vue de recouvrer des sommes dues par la défenderesse pour le fret et certains frais accessoires. La défenderesse affirmait que les avaries causées à la cargaison et les pertes financières imputables aux présumés manquements au contrat commis par la demanderesse lui donnait le droit d’exiger la compensation entre sa créance et la créance sur fret de la demanderesse. Le juge Teitelbaum a conclu ce qui suit [aux paragraphes 84, 85 et 94]:

La règle générale voulant que le fret soit payé sans aucune déduction, à moins d’une entente contraire entre les

derived from the 1977 case of *Aries Tanker Corporation v. Total Transport Ltd.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 334 (H.L.) often referred to as "The Aries" where Lord Simon of Glaisdale articulated the following at page 340:

Freight, representing the original rule, stands uneroded, like an outcrop of pre-Cambrian amid the detritus of sedimentary deposits. That freight must, in the absence of stipulation to the contrary, be paid without deduction has been stated in successive editions of Scrutton and Carver. Charters have always been negotiated in light of this rule.

In the case at bar, the defendant claims that damage to the cargo and financial losses attributed to alleged breaches of contract by the plaintiffs give it a right to set-off against the freight claim. However, under the terms and conditions of the transport documents, the parties did not agree to contract out of the general rule that the freight charges must be paid without deduction and no penalty clause.

...

I am of the view that there is nothing in the terms and conditions set out by the parties to suggest that the old English rule that freight must be paid without deduction is not applicable, and therefore, I find that the defendant is owing the amount of \$144,037.98 to the plaintiffs.

[37] Therefore, unless stated otherwise in the contract, it appears that the defendant cannot raise set-off of its claim for damages as a defence against the plaintiff's claim for unpaid freight.

[38] According to the plaintiff, the terms and conditions of the relevant contract of carriage provide that no set-off exists against the carrier's claim for freight, the whole as more fully appears from clause 16 of the relevant bill of lading.

[39] Clause 16 of the bill of lading MSCU-MO7499293 (exhibit E attached to the affidavit of Ata Olfati) stipulates:

16. Freight. The freight is always due to the Carrier whether the vessel or goods arrive at port of destination or not, whether one or the other be lost during the voyage, or whether the goods arrive damaged or short. The Carrier shall be entitled to the payment of the whole freight (as deadfreight without deduction) from the Merchant for all the goods which after a fixed arrangement may not have been delivered by him to the ship. The Merchant has in no case

parties, est dérivée de l'arrêt *Aries Tanker Corporation v. Total Transport Ltd.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 334 (H.L.), souvent cité comme l'affaire Aries, où lord Simon of Glaisdale a déclaré à la page 340:

[TRADUCTION] Le fret, qui représente la règle établie à l'origine, reste inchangé, comme un affleurement de roches précambriennes dépassant d'un magma de dépôts sédimentaires. Les éditions successives de Scrutton et Carver précisent qu'en l'absence de stipulation contraire, le fret doit être payé sans aucune déduction. Les chartes-parties ont toujours été négociées en tenant compte de cette règle.

En l'espèce, la défenderesse prétend que le dommage aux marchandises et les pertes financières attribuables, selon ce qu'allègue la défenderesse, aux manquements aux contrats par les demanderesse lui donnent un droit de compensation contre la demande portant sur le fret. Toutefois, selon les conditions des documents de transport, les parties n'avaient pas convenu de déroger à la règle générale voulant que le fret soit payé sans déduction et on ne trouve de clause pénale dans aucun des contrats.

[. . .]

Je suis d'avis qu'aucune clause des conditions fixées par les parties ne suggère que l'ancienne règle anglaise voulant que le fret soit payable sans déduction ne s'applique pas et, en conséquence, je conclus que la défenderesse doit la somme de 144 037,98 \$ aux demanderesse.

[37] Par conséquent, sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, il semble que la défenderesse ne puisse, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé.

[38] Suivant la demanderesse, les modalités du contrat de transport applicable prévoient que la créance sur fret du transporteur ne peut faire l'objet d'une compensation, ainsi qu'il est stipulé à l'article 16 du connaissement applicable.

[39] L'article 16 du connaissement MSCU-MO7499293 (annexe E de l'affidavit de Ata Olfati) stipule:

[TRADUCTION] 16. Fret. Le fret est toujours dû au transporteur, que le navire ou les marchandises arrivent ou non au port de destination, que le navire ou les marchandises se perdent au cours du voyage et que les marchandises subissent des avaries en cours de transport ou qu'il y ait des manquants à l'arrivée. Le transporteur a droit au paiement de la totalité du fret (en tant que faux fret sans déduction) de la part du marchand pour la totalité des marchandises que,

the right to deduct from the freight or to set-off against the freight any claim he should have against the Carrier, including leakage, slackage, shortage or damage. The Merchant shall pay any extra expenses incurred as a consequence of the cargo not being delivered in accordance with the provisions in Clause 5.

- (a) No weighing of goods is to take place on board the vessel without permission of the Carrier. Any expense for weighing onboard as well as extra expenses for discharging and delivery arising or resulting from weighing on board are to be borne by the Merchant, any custom of the port notwithstanding.
- (b) Goods once shipped cannot be taken away by the Merchant except upon Carrier's consent and against payment of full freight and compensation for any extra expenses through such taking away.
- (c) All dues, taxes and charges or other expenses in connection with the goods shall be paid by the Merchant.
- (d) The Merchant shall reimburse the Carrier in proportion to the amount of freight for any increase of war risk insurance premium and war risk increase of the wages of the maser, officers and crew and for any increase of the cost for bunkers and for deviation or delay caused by war or warlike operations or by government directions in such connection. [My emphasis.]

[40] It has to be noted however that in his affidavit, Ata Olfati, an officer and a director of the defendant, explains that it was agreed between the plaintiff and the defendant that the plaintiff would provide:

- A bill of lading covering the entire shipment with a rider confirming the content of each shipment, number of containers, container seals, weights and number of units of tires stores in each container;
- Packing lists;
- Freight invoices; and
- Classification certificates certifying that the goods, with full description, have been shipped on board a classified vessel by the S/S Steamship Co. Ltd. as agents for the plaintiff.

malgré son engagement ferme, il n'a pas pu livrer au navire. Le marchand n'a en aucun cas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'il peut avoir contre le transporteur, y compris en cas de fuites, de tassage, de manquants ou d'avaries. Le marchand est tenu de payer les frais supplémentaires causés par le défaut de livrer la marchandise conformément aux dispositions de l'article 5.

- a) La pesée des marchandises ne peut avoir lieu à bord du navire qu'avec la permission du transporteur. Les dépenses entraînées par la pesée des marchandises à bord du navire, de même que les dépenses supplémentaires entraînées par le déchargement et la livraison en raison de la pesée des marchandises à bord du navire sont supportées par le marchand, malgré tout usage en vigueur au port en question.
- b) Une fois que les marchandises ont été expédiées, le marchand ne peut les retirer qu'avec le consentement du transporteur et contre versement de la totalité du fret et d'une indemnité pour les dépenses entraînées par ce retrait.
- c) Le marchand est tenu de payer la totalité des droits, taxes, frais et autres dépenses se rapportant aux marchandises.
- d) Le marchand rembourse le transporteur en proportion de la valeur du fret correspondant à toute hausse de la prime d'assurance contre les risques de guerre et de toute hausse du salaire du capitaine, des officiers et de l'équipage imputable aux risques de guerre, de même qu'à toute augmentation du coût du combustible de soute et toute déviation ou retard causés par la guerre ou par des activités s'y apparentant ou à la suite d'ordres donnés par l'État à cet égard. [Non souligné dans l'original.]

[40] Il convient cependant de signaler que, dans son affidavit, Ata Olfati, un des administrateurs et dirigeants de la défenderesse, explique qu'il avait été convenu entre la demanderesse et la défenderesse que la demanderesse fournirait:

- un connaissance visant la totalité du chargement avec un avenant confirmant le contenu de chaque chargement, le nombre de conteneurs, les couvercles de conteneurs, le poids et le nombre de pneus se trouvant dans chaque conteneur;
- des listes d'emballage;
- des factures de fret;
- des certificats de classification attestant que les marchandises, avec leur description complète, ont été transportées à bord d'un navire classé par la S/S Steamship Co. Ltd. en sa qualité de mandataire de la demanderesse.

[41] Ata Olfati points out that at no time were the terms of the fine print on any of these documents brought to the attention of the defendant by the plaintiff. The plaintiff never reviewed the terms of the documents with the defendant at all. The defendant was not aware of the limitation and exclusion clauses that the plaintiff is now relying upon.

[42] For the purpose of the set-off argument, I do not believe that it matters if the defendant was aware or not of the limitation regarding set-off since it cannot use the defence under equity and since the contract does not permit set-off, legal set-off is not available either as a defence. If the defendant wanted to rely on set-off, it should have added a clause to that effect in the contract and have the plaintiff agree to it. Even if the bill of lading was silent regarding the defence of set-off, the defendant would not have been able to rely on the defence unless the contract explicitly provided that the defendant could rely on the defence of set-off.

[43] However, although the defence of set-off is not available, the defendant also brought a counterclaim for losses it alleges resulted from the breach of contract or negligence of the plaintiff. Since a counterclaim is essentially an independent action, the defendant may still be granted damages for the losses alleged.

[44] Subsection 189(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides:

189. (1) A defendant who claims to be entitled to relief against a plaintiff may make a counterclaim instead of bringing a separate action.

[45] The plaintiff is of the view that the defendant's action is prescribed in virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules. These Rules were incorporated into national law under the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21. Subsection 7(1) provides:

[41] Ata Olfati souligne que la demanderesse n'a jamais signalé à l'attention de la défenderesse le détail des clauses de ces documents. La demanderesse n'a jamais passé en revue les clauses de ces documents avec la défenderesse. La défenderesse n'était pas au courant des clauses limitatives et d'exclusion que la demanderesse invoque maintenant.

[42] En ce qui concerne le moyen tiré de la compensation, je crois qu'il importe peu que la défenderesse ait été ou non au courant de la clause limitative relative à la compensation, puisqu'elle ne peut invoquer ce moyen de défense en *equity* et que, comme le contrat ne permet pas la compensation, elle ne peut non plus invoquer ce moyen de défense en vertu de la *common law*. Si la défenderesse voulait invoquer la compensation, elle aurait dû insérer une clause en ce sens dans le contrat et inviter la demanderesse à y consentir. Même si le connaissement était muet au sujet du moyen de défense de la compensation, la défenderesse n'aurait pu faire valoir ce moyen de défense que si le contrat prévoyait expressément qu'elle pouvait le faire.

[43] Néanmoins, bien que le moyen de défense de la compensation ne peut être invoqué, la défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les dommages qu'elle affirme avoir subis en raison de la violation du contrat et de la négligence de la demanderesse. Étant donné qu'une demande reconventionnelle est essentiellement une action indépendante, la défenderesse peut malgré tout obtenir des dommages-intérêts pour les pertes qu'elle affirme avoir subies.

[44] Le paragraphe 189(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] dispose:

189. (1) Le défendeur qui fait valoir contre le demandeur un droit de réparation peut, au lieu d'intenter une action distincte, faire une demande reconventionnelle.

[45] La demanderesse est d'avis que l'action de la défenderesse est prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby. Les règles en question ont été incorporées à notre droit interne en vertu de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21. Le paragraphe 7(1) est ainsi libellé:

7. (1) The Hague-Visby Rules have the force of law in Canada.

[46] Article III(6), third paragraph, of the Hague-Visby Rules provides:

Article III

6. . . .

Subject to paragraph 6bis the carrier and the ship shall in any event be discharged from all liability whatsoever in respect of the goods, unless suit is brought within one year of their delivery or of the date when they should have been delivered. This period may, however, be extended if the parties so agree after the cause of action has arisen.

[47] The date of arrival at the port of destination may not be the date of delivery under Article III(6) of the Hague-Visby Rules.

[48] W. Tetley in *Marine Cargo Claims*, *supra*, explains that the one-year delay runs from delivery not discharge. At pages 671-672 he defines the term "delivery" as follows:

Actual delivery takes place when the carrier or the carrier's stevedore or terminal agent actually transfers possession of the goods to the consignee, or to a person named by the consignee.

. . .

Constructive delivery takes place when notice has been given of the place and date of arrival of the vessel, the goods have been discharged into a fit and safe place, separated and made ready for delivery, and the consignee has had reasonable time to pick them up. [Footnote omitted.]

[49] At page 673, W. Tetley further explains:

In the case of a large lot, delivery takes place on the day that the last piece of cargo has been discharged and actually or constructively delivered. [Footnote omitted.]

[50] At note 9, in *Marine Cargo Claims*, page 673, the author refers to *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150

7. (1) Les règles de La Haye-Visby ont force de loi au Canada.

[46] Le troisième paragraphe de l'article III(6) des règles de La Haye-Visby (annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* prévoit ce qui suit:

Article III

6. [. . .]

Sous réserve des dispositions du paragraphe 6bis, le transporteur et le navire seront en tout cas déchargés de toute responsabilité, à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées. Ce délai peut toutefois être prolongé par un accord conclu entre les parties postérieurement à l'événement qui a donné lieu à l'action.

[47] Il est possible que la date d'arrivée de la marchandise au port de destination ne corresponde pas à la date de livraison dont il est question à l'article III(6) des règles de La Haye-Visby.

[48] Dans son ouvrage précité, *Marine Cargo Claims*, W. Tetley explique que le délai d'un an commence à courir à compter de la livraison et non du déchargement. Voici la définition qu'il donne du mot «livraison» aux pages 671 et 672:

[TRADUCTION] La livraison effective a lieu lorsque le transporteur ou le manutentionnaire ou le préposé de la gare maritime remet effectivement la possession des marchandises au destinataire ou à la personne désignée par le destinataire.

[. . .]

Il y a présomption de livraison lorsqu'un avis a été donné au sujet du lieu et de la date d'arrivée du navire, que les marchandises ont été déchargées en un lieu sûr et approprié, qu'elles ont été séparées et sont prêtes à être livrées et qu'un délai raisonnable a été accordé au destinataire pour les enlever. [Renvoi omis.]

[49] À la page 673, W. Tetley poursuit en expliquant ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une cargaison importante, la livraison a lieu le jour où la dernière marchandise a été déchargée et a été effectivement livrée ou est présumée avoir été livrée. [Renvoi omis.]

[50] À la note 9 de la page 673 de *Marine Cargo Claims*, l'auteur cite la décision *Loeb v. S.S.*

F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956) and stated:

A vessel landed her cargo October 8, 1951. Consignee received some cargo on October 11, 1951. Some of its cargo however was missing and sorting of all the cargo discharged from the vessel continued until October 31, 1951 when the last cargo was delivered to various consignees and it was determined that consignee's remaining cargo had been lost. Suit was brought by consignee for this shortage on October 14, 1952, and the Court ruled that suit could be brought validly until October 31, 1952.

[51] The evidence shows that the defendant's information is that the seventh container did not arrive at its destination until sometime in early July 1998. The plaintiff has never advised the defendant as to when it believes that the seventh container arrived at its destination.

[52] In the plaintiff/cross-defendant's answers to the written examination at question 5(e), the plaintiff explained as follows:

Plaintiff hereby refers to documents 15, 17 and 18 of Plaintiff's Affidavit of Documents. For greater certainty and clarity, the seventh container sailed on the "Atlantic Cartier" V. 818 from Halifax on May 12, 1998 and was transhipped upon the MSC "Martina" V. 9821-1 and sailed from Antwerp on May 26, 1998. The container arrived thereafter at the Port of Destination in early June. There is no supporting documentation available at this juncture in respect of the exact date of arrival at destination.

[53] It has to be noted, as was explained by W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 673 that:

Clauses in the bill of lading, declaring that delivery takes place at discharge are null and void in respect of the one year delay for suit because the Hague and Hague/Visby Rules specifically call for suit up to one year from *delivery*, not discharge. [Footnote omitted.]

[54] The plaintiff filed its statement of claim on March 2, 1999. The defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999. According to the plaintiff, the defendant began its action over one year following the scheduled arrival.

Washington Mail, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956) et affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Un navire a déchargé sa cargaison le 8 octobre 1951. Le destinataire a reçu une partie de la cargaison le 11 octobre 1951. Il manquait cependant une partie de la cargaison et le tri de toute la cargaison déchargée du navire s'est poursuivi jusqu'au 31 octobre 1951, date à laquelle les dernières marchandises ont été livrées à divers destinataires et où l'on a conclu que le reste de la cargaison avait été perdue. Le destinataire a intenté une poursuite le 14 octobre 1952 relativement aux manquants en question et le tribunal a statué que le procès pouvait valablement être intenté jusqu'au 31 octobre 1952.

[51] Il ressort de la preuve que, suivant les renseignements fournis par la défenderesse, le septième conteneur n'est arrivé à destination qu'au début du mois de juillet 1998. La demanderesse n'a jamais informé la défenderesse de la date à laquelle elle croit que le septième conteneur est arrivé à destination.

[52] La demanderesse/défenderesse reconventionnelle explique ce qui suit en réponse à la question 5e) qui lui a été posée lors de l'interrogatoire écrit:

[TRADUCTION] La demanderesse se reporte ici aux pièces 15, 17 et 18 de son affidavit. Le septième conteneur a été chargé à bord de l'«Atlantic Cartier» V. 818 à Halifax le 12 mai 1998 et a été transbordé sur le MSC «Martina» V. 9821-1 qui a quitté Anvers le 26 mai 1998. Le conteneur est arrivé par la suite au port de destination au début de juin. Il n'existe pas de documents à l'appui à ce moment-ci au sujet de la date exacte de l'arrivée à destination.

[53] Il y a lieu de noter, comme l'explique W. Tetley dans son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, à la page 673, que:

[TRADUCTION] Les clauses du connaissement qui déclarent que la livraison a lieu au moment du déchargement sont nulles et de nul effet en ce qui concerne le délai de prescription d'un an applicable aux actions en justice, parce que les règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby prévoient que les actions en justice se prescrivent par un an à compter de la *livraison* et non du déchargement de la marchandise. [Renvoi omis.]

[54] La demanderesse a déposé sa déclaration le 2 mars 1999. La défenderesse a déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999. Suivant la demanderesse, la défenderesse a introduit son action plus d'un an après l'arrivée prévue de la cargaison.

[55] Pursuant to affidavits and examination of witnesses, it is not yet clear when precisely the seventh container was delivered.

[56] I accept that the one-year delay runs from delivery not discharge, as stated by W. Tetley, at page 671 (*op.cit.*) and that delivery takes place on the day that the last piece of cargo, the seventh container in the case at bar, has been discharged and actually or constructively delivered, as was again stated by W. Tetley at page 673 (*op.cit.*).

[57] The affidavit of Mr. Olfati says that the seventh container was delivered in the first week of July 1998. Mr. Olfati again reiterated his statement in his cross-examination at trial (page 203 of the transcript).

[58] Given that the defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999, the defendant began its action within one year of the delivery and therefore, the defendant's counterclaim is not prescribed by virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules.

3. Did the plaintiff breach its contract with the defendant or was the plaintiff negligent in handling the seven sea containers and did the defendant incur damages?

[59] The Hague-Visby Rules provide at article III(2):

Article III

...

2. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for and discharge the goods carried.

[60] W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 527, explains that this duty at loading is very broad:

This duty *at loading* is extremely broad. It means that the carrier is to see that cargo is loaded safely, that it is loaded without delay and stowed in such a manner that it can be

[55] Selon les affidavits et l'interrogatoire des témoins, on ne sait pas avec certitude la date précise à laquelle le septième conteneur a été livré.

[56] J'accepte que le délai de prescription d'un an commence à courir à la date de livraison et non à la date du déchargement, comme W. Tetley l'affirme à la page 671 de son ouvrage (*op.cit.*), et que la livraison a lieu le jour où les dernières marchandises, en l'occurrence, le septième conteneur, sont déchargées et sont effectivement ou présumément livrées, comme le signale encore W. Tetley à la page 673 (*op.cit.*).

[57] Dans son affidavit, M. Olfati affirme que le septième conteneur a été livré au cours de la première semaine de juillet 1998. M. Olfati a répété cette affirmation lors du contre-interrogatoire qu'il a subi au procès (à la page 203 de la transcription).

[58] Compte tenu du fait que la défenderesse a déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999, la défenderesse a introduit son action dans l'année de la livraison et, en conséquence, la demande reconventionnelle de la défenderesse n'est pas prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby.

3. La demanderesse a-t-elle violé le contrat qu'elle a conclu avec la défenderesse ou a-t-elle fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et la défenderesse a-t-elle subi des dommages?

[59] L'article III(2) des règles de La Haye-Visby dispose:

Article III

[. . .]

2. Le transporteur, sous réserve des dispositions de l'article IV, procédera de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées.

[60] Dans son ouvrage *Marine Cargo Claims, précité*, Tetley explique, à la page 527, que cette obligation lors du chargement est vaste:

[TRADUCTION] Cette obligation, *lors* du chargement, est extrêmement large. Elle signifie que la cargaison doit être chargée dans de bonnes conditions de sécurité, qu'elle est

found for quick and safe discharge.

[61] He continues at page 530:

The obligation to load is stringent—being qualified by the words «properly and carefully». There is considerable, erroneous jurisprudence to the effect that the duty «to load» which appears in art. 3(2) among the obligations «to load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge» is not stringent but that a carrier need only exercise due diligence when loading. Due diligence, however, only appears in the Hague and Hague/Visby Rules at art. 3(1) and art. 4(1), i.e. due diligence to make the ship seaworthy and at art. 4(2)(p) «latent defects not discoverable by due diligence». The obligation to load at art. 3(2) is not qualified by the words «due diligence» but by the words «properly and carefully», which is a stringent obligation. [Footnotes omitted.]

[62] W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 133, explains that there are three principles of proof that run as unbroken threads through Hague and Hague/Visby Rules jurisprudence. W. Tetley states them as follows [at pages 133, 137 and 139]:

. . . *the carrier is prima facie liable for loss or damage to cargo received in good order and out-turned short or in bad order.*

...

. . . *the parties are in general required to make proof of whatever facts are available to them.*

...

. . . *the onus of proof does not mean providing all the circumstances to the point of absurdity, but means making proof to a reasonable degree.*

[63] He also explains at page 142, that although the Hague and Hague-Visby Rules do not set out an order of proof in a marine cargo claim and its defence, there is a surprising similarity in the order of proof demanded by the courts of nations which have adopted the Hague

chargée sans retard et qu'elle est arrimée de manière qu'on puisse la trouver pour la décharger rapidement et sans danger.

[61] Il poursuit à la page 530:

[TRADUCTION] L'obligation imposée au transporteur lors du chargement est rigoureuse en raison des mots «de façon appropriée et soigneuse». Il existe une abondante jurisprudence erronée suivant laquelle l'obligation de «procéder au chargement» que l'on trouve au par. 3(2) au nombre des obligations de procéder «au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement» n'est pas stricte mais qu'il suffit pour le transporteur de faire preuve de diligence raisonnable lors du chargement. L'expression «diligence raisonnable» n'apparaît dans les règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby qu'aux articles 3(1) et 4(1), c.-à-d. lorsqu'il s'agit de mettre le navire en état de navigabilité, et à l'alinéa 4(2)p lorsqu'il est question de «vices cachés échappant à une diligence raisonnable». L'obligation applicable au chargement dont il est question à l'article 3(2) n'est pas modifiée par les mots «diligence raisonnable», mais par l'expression «de façon appropriée et soigneuse», qui dénote une obligation rigoureuse. [Renvois omis.]

[62] À la page 133 de *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley déclare qu'en matière de demandes d'indemnité pour pertes ou avaries de marchandises, il existe trois principes de preuve qui reviennent constamment dans toute la jurisprudence relative aux règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby. Voici comment Tetley formule ces principes [aux pages 133, 137 et 139]:

[TRADUCTION] [. . .] *Le transporteur est présumé responsable de la perte ou de l'avarie subie par les marchandises reçues en bon état lorsqu'elles sont constatées manquantes ou en mauvais état au débarquement.*

[. . .]

[. . .] *les parties sont en règle générale tenues de faire la preuve de tous les faits dont ils ont eu connaissance.*

[. . .]

[. . .] *la charge de la preuve n'oblige pas la partie sur qui elle repose à faire la preuve de toutes les circonstances jusqu'à l'absurdité, mais à rapporter la preuve des faits dans la mesure du raisonnable.*

[63] Il explique aussi, à la page 142, que bien que les règles de La Haye-Visby ne précisent pas l'ordre dans lequel le créancier maritime sur facultés et la personne qu'il poursuit doivent présenter leur preuve, il existe une similitude frappante en ce qui concerne

and Hague-Visby Rules. The order of proof is as follows, at pages 142-143:

- (i) The claimant must first prove his loss.
- (ii) The carrier must then prove a) the cause of the loss, b) that due diligence to make the vessel seaworthy in respect of the loss was taken and c) that he is not responsible by virtue of at least one of the exculpatory exceptions of the Rules;
- (iii) Then, various arguments are available to the claimant.
- (iv) Finally, there is a middle ground where both parties may make various additional proofs.

1) What the Claimant must Prove:

Initially, it is the claimant who has the burden of proof, and to make his case he must prove all six of the following facts:

- a) That the claimant is the owner of the goods and/or is the person entitle to make the claim.
- b) The contract or the tort (delict).
- c) That the person claimed against is the responsible person.
- d) That the loss or damage took place in the carrier's hands. This is usually done by proving the condition of the goods when received by the carrier and the condition at discharge.
- e) The physical extent of the damage or the loss.
- f) The actual monetary value of the loss or damage.

2) What the Carrier must Prove

The carrier must then prove all three of the following:

- a) The cause of the loss.
- b) Due diligence to make the vessel seaworthy at the beginning of the voyage, in respect of the loss.
- c) One of the following exculpatory clauses:
 - i) Error in navigation and management of the ship.
 - ii) Fire.
 - iii) Perils of the Sea and similar exceptions, being Acts of God; Acts of War; Acts of Public

l'ordre de présentation de la preuve exigé par les tribunaux des divers pays qui ont adopté les règles de La Haye-Visby. Cet ordre est le suivant, aux pages 142 et 143:

[TRADUCTION]

- (i) Le demandeur doit d'abord faire la preuve de sa perte;
- (ii) Le transporteur doit ensuite prouver: a) la cause de la perte; b) qu'il a exercé une diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question; c) qu'il est dégagé de toute responsabilité en vertu d'une des clauses d'exonération de responsabilité prévues aux règles;
- (iii) Le demandeur peut ensuite invoquer divers moyens;
- (iv) Finalement, il y a un moyen terme où les deux parties peuvent rapporter diverses autres preuves supplémentaires.

1) Ce que le demandeur doit prouver:

Au départ, la charge de la preuve incombe au demandeur, qui doit prouver les six éléments suivants pour établir le bien-fondé de sa cause:

- a) Le demandeur est le propriétaire des marchandises et/ou est la personne qui a le droit de présenter la demande;
- b) Le contrat ou le délit;
- c) La personne visée par la demande est la personne responsable;
- d) La perte ou le dommage a eu lieu alors que les marchandises se trouvaient entre les mains du transporteur. Pour ce faire, on établit habituellement l'état dans lequel étaient les marchandises lorsque le transporteur les a reçues et leur état lors du déchargement;
- e) L'ampleur matérielle du dommage ou de la perte;
- f) La valeur pécuniaire réelle de la perte ou du dommage.

2) Ce que le transporteur doit prouver:

Le transporteur doit alors prouver les trois éléments suivants:

- a) La cause de la perte;
- b) La diligence raisonnable exercée pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question;
- c) L'un des moyens d'exonération suivants:
 - (i) une erreur dans la navigation ou dans la conduite du navire;
 - (ii) un incendie;
 - (iii) un péril de la mer ou un autre moyen d'exonération analogue, c'est-à-dire les cas de

Enemies; Restraint of Princes; Quarantine; Strikes; Riots; Saving Life.

- iv) Act or omission of the shipper.
- v) Inherent vice.
- vi) Insufficiency of packing.
- vii) Latent defects.
- viii) Any other cause.

3) The Various Arguments then Available to the Claimant:

- a) Negligence at loading.
- b) Negligence in stowage.
- c) Lack of the cargo.
- d) Negligence at discharge. [Footnotes omitted.]

[64] Justice Rouleau in *Francosteel Corp. v. Fednav Limited* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.), held as follows regarding the burden of proof for negligence [at page 194]:

It is clear from the jurisprudence that the plaintiff bears the burden of proving that the goods were damaged while in the carrier's possession; this is generally accomplished by proof that the goods were tendered in good condition to the carrier, and were ultimately received in a damaged condition. This accomplished, the carrier must show that the damage fits within an excepted clause of the **Hague Rules**; if they succeed, the onus shifts to the plaintiff to adduce evidence that the damage was caused by the carrier's negligence. If, on the other hand, the carrier cannot establish that the damage is due to an excepted cause, the burden remains on him to prove that the loss was not caused by his negligence. (See *Vancouver SS. Co. v. Herdman & Sons* (1933), 45 Ll. L. Rep. 223; *Kruger Inc. et al v. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498, at p. 502; *Associated Metals and Minerals Corp. v. Etelac Suomin Laiva* (1989), A.M.C. 677; *Caemint Food Inc.* (1981), A.M.C. 1801).

[65] In order to determine whether the parties met the rules of evidence as explained by W. Tetley, I will now assess the written evidence and the evidence provided by the witnesses at trial.

[66] Regarding what the claimant must prove, the defendant has proven the following facts:

- (a) The defendant is the owner of the goods;

force majeure, les faits de guerre, les faits d'ennemis publics, la contrainte de prince, la quarantaine, les grèves, les émeutes, et les sauvetages;

- (iv) des actes ou des omissions du chargeur;
- (v) un vice propre à la marchandise;
- (vi) une insuffisance d'emballage;
- (vii) des vices cachés;
- (viii) toute autre cause.

3) Moyens que le demandeur peut alors invoquer:

- a) Négligence lors du chargement;
- b) Négligence lors de l'arrimage;
- c) Absence d'une partie de la cargaison;
- d) Négligence lors du déchargement. [Renvois omis.]

[64] Voici ce que le juge Rouleau a déclaré, dans le jugement *Francosteel Corp. c. Fednav Limited* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.), au sujet du fardeau de la preuve en matière de négligence [à la page 194]:

Les précédents sont clairs: il incombe au demandeur de prouver que les biens ont été endommagés au moment où ils étaient entre les mains du transporteur. Pour ce faire, il cherche habituellement à montrer que les biens ont été remis au transporteur en bon état et qu'ils ont été reçus endommagés. Le transporteur doit ensuite illustrer que les dommages s'inscrivent dans une clause d'exemption prévue dans les règles de **La Haye**; s'il réussit, il incombe au demandeur de prouver que les dégâts sont le résultat d'une négligence de la part du transporteur. Si toutefois ce dernier ne peut établir que les dégâts font l'objet d'une exemption, il lui appartient alors de prouver que sa propre négligence ne serait pas la source des pertes. (Voir *Vancouver SS. Co. c. Herdman & Sons* (1933), 45 Ll. L. Rep. 223; *Kruger Inc. et al c. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498, à la p. 502; *Associated Metals et Minerals Corp. c. Etelac Suomin Laiva* (1989), A.M.C. 677; *Caemint Food Inc.* (1981), A.M.C. 1801).

[65] Pour décider si les parties ont satisfait aux règles de preuve exposées par Tetley, je vais maintenant évaluer la preuve écrite et les témoignages donnés par les témoins au procès.

[66] Au sujet de ce que la demanderesse doit prouver, la défenderesse a établi les faits suivants:

- a) La défenderesse est la propriétaire des marchandises;

- (b) There was a valid contract between the parties and the plaintiff was negligent in handling the seventh container;
- (c) The person claimed against (the plaintiff herein) is the responsible person;
- (d) The loss or damage took place in the carrier's hands, i.e. the plaintiff's hands;
- (e) The defendant also demonstrated the physical extent of the damage or the loss, which is the delivery of the seventh container in the first week of July 19, 1999 which was supposed to be delivered in March, pursuant to the defendant's suggestion; and finally
- (f) The defendant has put some evidence regarding the actual monetary value of the loss or damage, which we will review in detail later.
- [67] In responding to what was established by the defendant, the carrier (the plaintiff in the case at bar) in return proved the following:
- (a) Pursuant to affidavits and cross-examination of witnesses, it seems that the cause at law of the loss is mismanagement of the seventh container which seems to be admitted by the carrier;
- (b) The carrier proved due diligence to make the vessel seaworthy at the beginning of the voyage, in respect of the loss;
- [68] In my view, the carrier failed to identify any of the exculpatory clauses mentioned by W. Tetley to explain the four-month delay in delivering the seventh container.
- [69] Finally, the Court should assess the arguments that could be raised by the defendant to explain the loss. These are as follows:
- (a) There was probably negligence at loading when they realized that only six out of the seven containers were loaded on board. Nevertheless, the defendant insisted that the bill of lading indicate that seven containers were loaded even though only six containers
- b) Il existe un contrat valide entre les parties et la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur;
- c) La personne visée par la demande (la demanderesse, en l'occurrence) est la personne responsable;
- d) La perte ou le dommage a eu lieu alors que les marchandises se trouvaient entre les mains du transporteur, c.-à-d. entre les mains de la demanderesse;
- e) La défenderesse a établi l'ampleur matérielle du dommage ou de la perte, en l'occurrence la livraison du septième conteneur au cours de la première semaine de juillet 1998 alors que ce conteneur était censé être livré en mars, conformément aux déclarations de la défenderesse;
- f) La défenderesse a présenté certains éléments de preuve au sujet de la valeur pécuniaire réelle de la perte ou du dommage. [Nous reviendrons plus loin sur cette question.]
- [67] Pour répondre aux éléments établis par la défenderesse, le transporteur (la demanderesse, en l'espèce) a prouvé ce qui suit:
- a) Il ressort des affidavits et du contre-interrogatoire des témoins que, en droit, la cause de la perte est une erreur de manutention du septième conteneur, ce que le transporteur semble admettre;
- b) Le transporteur a exercé une diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question.
- [68] À mon avis, le transporteur n'a pas réussi à invoquer l'un des moyens d'exonération de responsabilité mentionnés par Tetley pour expliquer le retard de quatre mois qu'accusait la livraison du septième conteneur.
- [69] Finalement, la Cour doit évaluer les moyens que la défenderesse peut faire valoir pour expliquer la perte. Voici ces arguments:
- a) Il y a probablement eu négligence lors du chargement lorsqu'on s'est rendu compte que seulement six des sept conteneurs avaient été chargés à bord. La défenderesse a malgré tout insisté pour qu'il soit indiqué au connaissement que sept conteneurs

were really loaded on board. There is no allegation that the cargo was delivered in bad condition. The allegation is that the damage occurred when the containers were in storage;

(b) There is no evidence or arguments that there was any negligence in stowage;

(c) There is an argument that there was a lack of cargo, in February, when they were loading in Halifax; nevertheless, the cargo was finally delivered in total in July 1999, so the real loss is not the lack of the cargo but the negligence in delivering the seventh container;

(d) There is no evidence or arguments relying to negligence at discharge.

[70] To make a long story short, only six containers were loaded on February 2, 1998.

[71] The evidence at the hearing was that Mr. Manuk, who was an employee of the plaintiff, received a phone call from Mr. Saeed, who was a consultant for the defendant, regarding the fact that only six containers were loaded on the ship. The defendant's representative then asked that the bill of lading be for seven containers even if only six containers were shipped.

[72] That particular evidence shows that both parties, on February 3, 1998, the day after the vessel left Halifax with six containers, knew that one container was missing.

[73] In my view, to fulfill its contract and commercial commitment, the plaintiff should have taken all possible steps to ensure that the seventh container be loaded on the next available vessel from Halifax to Europe.

[74] It did not happen. It is only when the six containers were stored in Iran and that the Iranians realized that there was one container missing that the plaintiff finally woke up and took the steps to locate the container in Halifax and ship it to Iran.

avaient été chargés malgré le fait qu'en réalité, seulement six conteneurs avaient été chargés à bord. La demanderesse ne prétend pas que la cargaison a été livrée en mauvais état. Elle affirme que les dommages se sont produits lorsque les conteneurs étaient entreposés;

b) Il n'y a pas de preuve ou d'argument qu'il y a eu négligence lors de l'arrimage;

c) La demanderesse affirme qu'il manquait de la marchandise, en février, lors du chargement, à Halifax. Néanmoins, la cargaison a finalement été intégralement livrée en juillet 1999, de sorte que la perte véritable n'est pas l'absence d'une partie de la cargaison, mais la négligence lors de la livraison du septième conteneur;

d) Il n'y a pas de preuve ou d'argument qu'il y a eu négligence lors du déchargement.

[70] Pour être bref, seulement six conteneurs ont été chargés le 2 février 1998.

[71] Suivant les témoignages entendus au procès, M. Manuk, qui était un employé de la demanderesse, a reçu un appel téléphonique de M. Saeed, un consultant de la défenderesse, au sujet du fait que seulement six conteneurs avaient été chargés à bord du navire. Le représentant de la défenderesse a ensuite demandé que le connaissement porte sur sept conteneurs même si seulement six avaient été expédiés.

[72] Il ressort de ce témoignage que le 3 février 1998, le lendemain du départ du navire de Halifax avec six conteneurs, les deux parties étaient au courant qu'il manquait un conteneur.

[73] À mon avis, pour respecter son contrat et son engagement commercial, la demanderesse aurait dû prendre toutes les mesures possibles pour s'assurer que le septième conteneur soit chargé à bord du prochain navire disponible en partance de Halifax pour l'Europe.

[74] Or, ce n'est pas ce qui s'est produit. Ce n'est que lorsque les six conteneurs ont été entreposés en Iran et que les Iraniens se sont aperçus qu'il manquait un conteneur que la demanderesse s'est finalement réveillée et a pris des mesures pour retracer le conteneur à Halifax et pour l'expédier en Iran.

[75] It is at this very moment that the carrier started to locate the missing container and took the necessary steps to ship it from Halifax, where it still was in May, to the final point of discharge, in July.

[76] The plaintiff's employees testified, in good faith, and I have no hesitation to conclude that the plaintiff was negligent in handling the seventh container.

[77] However, the evidence also shows that given that the bill of lading was for seven containers, there was a problem at discharge when the defendant's client tried to custom clear the six containers and the Iranian customs realized that there were only six containers and not seven as stated on the bill of lading.

[78] Therefore, I also take into account the fact that the defendant shared a part of the responsibility when it asked that the bill of lading be signed even though not accurate. In fact, it is that particular point that caused problems at the point of delivery when the Iranian customs were concerned with the fact that only six containers were delivered while the bill of lading stated that seven containers were supposed to be delivered.

[79] The plaintiff argued at the hearing that the bill of lading limits its responsibility toward the defendant. The plaintiff relied on clauses 4 and 17 of the bill of lading which state:

4. **THE SCOPE OF VOYAGE.** The voyage herein undertaken shall include usual or customary or advertised ports of call whether named in this contract or not, also ports in or out of the advertised geographical, usual or ordinary route of order, even though in proceeding thereto the vessels may sail beyond the port of discharge or in a direction contrary thereto, or depart from the direct or customary route or in a direction contrary thereto. The vessel may call at any port for the purpose of the current voyage or of a subsequent voyage. The vessel may omit calling at any port or ports whether scheduled or not, and may call at the same port more than once, either with or without the goods on board, and before and after proceeding towards the port of discharge, adjust compasses, dry-dock, go on ways or to repair yards, shift berths, undergo degassing, wiping or similar measures,

[75] C'est à ce moment précis que le transporteur a commencé à rechercher le conteneur manquant et qu'il a fait le nécessaire pour l'expédier de Halifax, où il se trouvait encore en mai, jusqu'à sa destination finale, où il est arrivé en juillet.

[76] Les employés de la demanderesse ont témoigné de bonne foi et je n'ai aucune hésitation à conclure que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur.

[77] Il ressort toutefois aussi de la preuve que, compte tenu du fait que le connaissement portait sur sept conteneurs, il y a eu un problème lors du déchargement lorsque la cliente de la défenderesse a essayé de dédouaner les six conteneurs et que les autorités douanières iraniennes se sont rendu compte qu'il n'y avait que six conteneurs et non sept, contrairement à ce qui était déclaré sur le connaissement.

[78] Je tiens donc également compte du fait que la défenderesse a une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même s'il n'était pas exact. De fait, c'est ce point précis qui a causé des problèmes à la livraison, lorsque les douaniers iraniens se sont dits préoccupés par le fait que seulement six conteneurs étaient livrés alors que le connaissement déclarait que sept conteneurs étaient censés être livrés.

[79] La demanderesse a affirmé, à l'audience, que le connaissement limite sa responsabilité envers la défenderesse. La demanderesse invoque les articles 4 et 17 du connaissement, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

4. **CADRE DU VOYAGE.** Le voyage entrepris aux termes des présentes englobe les ports d'escale habituels, prévus ou annoncés, qu'ils soient nommés ou non dans le présent contrat, de même que les ports situés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'itinéraire géographique habituel, prévu ou annoncé et ce, même si ce faisant, le navire peut naviguer au-delà du port de déchargement ou dans la direction opposée ou s'écarter de la route directe ou habituelle ou prendre une direction contraire. Le navire peut faire escale dans tout port dans le cadre du présent voyage ou de tout voyage ultérieur. Le navire peut omettre de faire escale dans tout port prévu ou non et peut faire escale dans le même port à plusieurs reprises, que le navire soit sur lest ou qu'il soit chargé. Il peut, avant de se rendre au port de déchargement ou après y être arrivé, régler les compas, passer en cale

take fuel or stores, land stowaways, remain in port, sail without pilots, tow and be towed, and save or attempt to save life or property, and all of the foregoing are included in the contract voyage. The vessel shall never be called upon to proceed to a place where she cannot safely get and lie always afloat.

...

17. PERIOD OF RESPONSIBILITY. The Carrier or his agent shall not be liable for loss or damage to the goods during the period before loading and after discharge from the vessel, howsoever such loss or damage arises. Goods in the custody of the Carrier or his servants before loading and after discharge, whether being forwarded to or from the vessel or whether awaiting shipment landed or stored, or put into hulk or craft belonging to the Carrier, or not or pending transshipment at any of the whole transport are in such custody at the sole risk of the Merchant and the Carrier shall not be liable for loss or damage arising or resulting from any cause whatsoever. If goods are shipped to or from the U.S.A. US COGSA shall apply before loading and after discharge as long as the goods remain in the custody and control of the Carrier.

[80] The plaintiff also relied on clause 7 which provides:

7. DEPARTURE AND ARRIVAL DATES in the Carrier's liner position lists, sailing lists and other advertisements, are given without any warranty, and no claims shall be acceptable for any change in the dates nor even in the case of the vessel's non-departure for whatever cause. Carrier shall have the right to change sailing and arrival dates without notice.

[81] Article III(8) of the Hague-Visby Rules states:

Article III

...

8. Any clause, covenant or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to or in connection with goods arising from

sèche ou en cale de halage, être mis au radoub, changer de poste de mouillage, faire l'objet d'un dégazage, d'une démagnétisation ou de mesures semblables, se ravitailler, en carburant ou en fournitures, débarquer tout passager clandestin, demeurer dans un port déterminé, naviguer sans pilote, remorquer et être remorqué et sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens, tout ce qui précède étant compris dans le voyage visé par le contrat. Le navire ne doit jamais être appelé à aller à un endroit où il ne peut sans danger se rendre et demeurer toujours à flot, en sécurité.

[. . .]

17. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ. Le transporteur et son mandataire ne peuvent être tenus responsables, à quelque titre que ce soit, des pertes ou avaries subies par les marchandises avant le chargement ou après le déchargement, indépendamment de la façon dont ces pertes ou avaries surviennent. Le marchand assume entièrement les risques relatifs aux marchandises qui se trouvent sous la garde du transporteur ou de ses préposés avant le chargement ou après le déchargement, qu'elles soient acheminées vers le bateau ou depuis celui-ci et qu'elles soient en attente d'expédition, placées à terre ou entreposées, chargées à bord de pontons ou d'embarcations appartenant au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement. Le transporteur ne peut être tenu responsable de quelque perte ou avarie découlant de quelque cause que ce soit. Si les marchandises sont expédiées en provenance ou à destination des États-Unis d'Amérique, la COGSA des É.-U. s'applique avant le chargement et après le déchargement tant et aussi longtemps que les marchandises demeurent sous la garde et le contrôle du transporteur.

[80] La demanderesse invoque également l'article 7, qui prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] **7. DATES DE DÉPART ET D'ARRIVÉE.** Les dates de départ et d'arrivée figurant aux listes de position des navires de ligne du transporteur, horaires d'appareillage et autres avis sont données sans garantie et toute demande portant sur un changement de date est irrecevable, même dans le cas de non-départ du navire pour quelque cause que ce soit. Le transporteur a le droit de modifier sans préavis les dates d'appareillage et d'arrivée.

[81] L'article III(8) des règles de La Haye-Visby dispose:

Article III

[. . .]

8. Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des

negligence, fault or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in these Rules, shall be null and void and of no effect.

[82] Article VII of the Hague-Visby Rules also provides:

Article VII

...

Nothing herein contained shall prevent a carrier or a shipper from entering into any agreement, stipulation, condition, reservation or exemption as to the responsibility and liability of the carrier or the ship for the loss or damage to, or in connection with the custody and care and handling of goods prior to the loading on and subsequent to the discharge from the ship on which the goods are carried by water.

[83] W. Tetley, in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 843 explains:

The criterion as to the validity of a limitation clause is whether the clause contravenes the Hague or Hague/Visby Rules or reduces the carrier's responsibilities under those Rules.

A rule of thumb in respect to the validity of a limitation clause is whether the clause falls within the exculpatory exception of art. 4(2)(q). This was succinctly stated in *Canadian National Steamships v. Bayliss (Lady Drake)*:

«The defence resting upon the bill of lading exception referred to can have no separate effect and becomes merged in the exceptions contemplated by Article IV, Rule 2(q). In other words, such clause does not give to the carrier any greater protection than he has under said subsection (q).» [Footnotes omitted.]

[84] Article IV(2)(q) states:

Article IV

...

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from

...

(q) any other cause arising without the actual fault and privity of the carrier, or without the fault or neglect of the

marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictés dans le présent article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrivent les présentes règles sera nul, non avenu et sans effet.

[82] L'article VII des règles de La Haye-Visby prévoit par ailleurs ce qui suit:

Article VII

[...]

Aucune disposition des présentes règles ne défend à un transporteur ou à un chargeur d'insérer dans un contrat des stipulations, conditions, réserves ou exonérations relatives aux obligations et responsabilités du transporteur ou du navire pour la perte ou les dommages survenant aux marchandises, ou concernant leur garde, soin et manutention, antérieurement au chargement et postérieurement au déchargement du navire sur lequel les marchandises sont transportées par eau.

[83] À la page 843 de *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley explique ce qui suit:

[TRADUCTION] Le critère régissant la validité d'une clause limitative déterminée est celui de savoir si elle contrevient aux règles de La Haye ou aux règles de La Haye-Visby ou si elle diminue la responsabilité du transporteur prévue par les règles en question.

Une règle empirique permettant de vérifier la validité d'une clause de limitation de responsabilité consiste à se demander si elle tombe sous le coup de l'exception prévue à l'alinéa 4(2)(q). C'est ce que le tribunal a expliqué de façon succincte dans l'affaire *Canadian National Steamships v. Bayliss (Lady Drake)*:

«Le moyen de défense tiré de l'exception précitée prévue au connaissance ne peut produire d'effets distincts; il se confond avec les exceptions énumérées à l'alinéa IV(2)(q) des règles. En d'autres termes, cette clause n'accorde pas au transporteur une plus grande protection que celle que lui confère par ailleurs l'alinéa q) en question.» [Renvois omis.]

[84] L'article IV(2)(q) est ainsi libellé:

Article IV

[...]

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant:

[...]

q) de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents

agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.

[85] W. Tetley, in *Marine Cargo Claims*, *supra*, at pages 852 and 853, further explains:

The Supreme Court of the United States set out the rule in respect to valid limitation clauses in *The Vallescura*, a pre-COGSA case, where the bill of lading contained an exception against «decay». Without declaring the exception invalid, the Court required the carrier to fulfill its responsibilities under the *Harter Act*, *i.e.* to care for cargo, to provide proper stowage, etc.:

«Here the stipulation was for exemption from liability for a particular kind of injury, decay. But the decay of a perishable cargo is not a cause; it is an effect. It may be the result of a number of causes, for some of which, such as the inherent defects of the cargo, or, under the contract, sea peril making it impossible to ventilate properly, the carrier is not liable. For others, such as negligent stowage, or failure to care for the cargo properly during the voyage, he is liable. The stipulation thus did not add to the causes of injury from which the carrier could claim immunity. It could not relieve him from liability for want of diligence in the stowage or care of the cargo.»

...

In *Levatino v. Gen. Steam Navigation Co.*, part of a cargo of chestnuts was discharged, following which the vessel was drydocked for a day. The remainder of the cargo was discharged after the drydocking, but there had been a 40% drop in the market. It was held:

«Under the circumstances of this case, the exculpatory clauses of the bills of lading that the carrier is not required to deliver in time to meet any particular market or at any particular time; that it is not liable for special or consequential damages; and that it might drydock—are lawfully operative and valid, because they in nowise

ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.

[85] Aux pages 852 et 853 de son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley explique en outre ce qui suit:

[TRADUCTION] La Cour suprême des États-Unis a posé le principe applicable en ce qui concerne la validité des clauses limitatives dans l'arrêt *The Vallescura*, qui a été rendu avant l'adoption de la COGSA. Dans cette affaire, le connaissement prévoyait une exception dans le cas de «dégradation». Sans déclarer l'exception invalide, la Cour a obligé le transporteur à remplir les obligations que la *Harter Act* mettait à sa charge, en l'occurrence s'occuper de la cargaison, prévoir un arrimage approprié, etc.:

En l'espèce, la stipulation en cause concernait une exonération de responsabilité dans le cas d'un type particulier de préjudice, la dégradation. Mais la dégradation de marchandises périssables ne constitue pas une cause, mais bien un effet. Elle peut être attribuable à une foule de causes, dont, pour certaines, comme les défauts inhérents de la cargaison, ou, selon le contrat, un péril de la mer faisant en sorte qu'il soit impossible d'assurer une ventilation adéquate, le transporteur n'est pas responsable. Pour d'autres, comme une négligence lors de l'arrimage ou le défaut de s'occuper comme il se doit de la cargaison au cours du voyage, pour lesquelles le transporteur est responsable. La stipulation n'ajoute donc rien aux causes de préjudice pour lesquelles le transporteur pouvait revendiquer une exonération de responsabilité. Elle ne pouvait le soustraire à sa responsabilité pour manque de diligence dans l'arrimage ou la garde de la cargaison.

[. . .]

Dans l'affaire *Levatino v. Gen. Steam Navigation Co.*, une partie de la cargaison de châtaignes avait été déchargée, à la suite de quoi le navire avait été envoyé en cale sèche pendant une journée. Le reste de la cargaison avait été déchargée après le passage en cale sèche, mais le marché avait subi un fléchissement de 40 % dans l'intervalle. Le tribunal a statué ce qui suit:

Eu égard aux circonstances de la présente affaire, les clauses d'exonération de responsabilité stipulées dans les connaissements prévoyaient que le transporteur n'était pas tenu de livrer la cargaison à temps pour répondre aux besoins d'un marché déterminé ou dans tout autre délai précis. Elles stipulaient en outre que le

attempt to exempt the carrier from the consequences of negligence, fault or failure to perform any duty owing to the plaintiffs. [Footnotes omitted.]

In other words, the clause did not give the carrier any more rights than he had under the Rules.

[86] In my view, the plaintiff is trying to use the limitation clauses on the bill of lading to exempt itself of the consequences of its negligence. Such is not permitted under Article III(8) of the Hague-Visby Rules and therefore, I find that the plaintiff's responsibility is not limited by the clauses in the bill of lading.

[87] However, the question remains whether the defendant can be granted damages.

[88] Before pushing further any analysis as to the kind of damages the defendant can be awarded either in contract or in negligence, I will examine the question whether the defendant has proven that it suffered losses.

[89] The defendant claims that it suffered losses due to the fact that the seventh container only arrived at its destination in July. The defendant claims damages in the amount of US\$62,921. These damages are set as follows in the commercial invoice dated December 14, 1998 and sent by the defendant to the plaintiff:

(a) Cost of transferring, storage, insurance and handling of the first 6 containers—US\$9,334;

(b) Cost of reinspection of Cargo and out of pocket expenses for the defendant to travel to Bandar Abbas—US\$16,750;

(c) Legal fees—C\$4,350.00 @ US\$1.5 = C\$1 = US\$2,900;

(d) Replacement CIF value of defective units—US\$29,754;

transporteur n'était pas responsable des dommages particuliers ou des dommages indirects et qu'il pouvait envoyer le navire en cale sèche. Ces dispositions des connaissements sont exécutoires sur le plan juridique et sont parfaitement valables parce qu'elles ne visent nullement à soustraire le transporteur aux conséquences de sa négligence, de sa faute ou de son défaut d'accomplir les obligations qu'il avait contractées envers le demandeur. [Renvois omis.]

Autrement dit, la clause n'accordait pas au transporteur plus de droits que ceux que lui reconnaissaient les règles.

[86] À mon avis, la demanderesse essaie d'invoquer les clauses de limitation de responsabilité qui sont stipulées dans le connaissement pour se soustraire aux conséquences de sa négligence. Or, cela n'est pas permis par l'article III(8) des règles de La Haye-Visby et j'en conclus donc que la responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement.

[87] Il reste toutefois à savoir si la défenderesse peut obtenir des dommages-intérêts.

[88] Avant de pousser plus loin toute analyse concernant le type de dommages-intérêts que la défenderesse peut obtenir en vertu du contrat ou du fait de la négligence de la demanderesse, je vais examiner la question de savoir si la défenderesse a démontré qu'elle a subi un préjudice.

[89] La défenderesse affirme qu'elle a subi un préjudice en raison du fait que le septième conteneur n'est arrivé à destination qu'en juillet. La défenderesse réclame la somme de 62 921 \$US à titre de dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts s'établissent de la manière suivante dans la facture commerciale en date du 14 décembre 1998 que la défenderesse a fait parvenir à la demanderesse:

a) frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs—9 334 \$US;

b) frais de réinspection de la cargaison et débours engagés par la défenderesse pour se rendre à Bandar Abbas—16 750\$;

c) honoraires d'avocats: 4 350 \$CAN à 1,5 \$US = 1 \$CAN = 2 900 \$US;

d) valeur de remplacement CAF des articles défectueux: 29 754 \$US;

(e) Banking charges and interest incurred by the defendant—US\$4,183;

e) frais bancaires et d'intérêts engagés par la défenderesse: 4 183 \$US.

[90] The defendant also claims damages for loss of profit in the amount of US\$192,265.

[90] La défenderesse réclame également la somme de 192 265 \$US à titre de dommages-intérêts pour le manque à gagner qu'elle affirme avoir subi.

[91] The plaintiff argued at the hearing that there was no proof of any of these heads of damages.

[91] La demanderesse a soutenu à l'audience qu'aucun de ces chefs de dommages n'avait été prouvé.

[92] Regarding the cost for transferring, storage, insurance and handling, the plaintiff noted that there was no warehousing bill and there was no evidence of the amount being charged by a warehouse to the receiver.

[92] En ce qui concerne les frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention, la demanderesse fait remarquer qu'il n'y avait pas de facture de mise en entrepôt de douane ni d'élément de preuve au sujet de la somme qu'un entrepôt aurait fait payer au réceptionnaire.

[93] The defendant pointed out that in evidence was a copy of a bank draft (Tabs 17 and 23 of the defendant's list of documents) which showed that the defendant indemnified or paid 7,000,000 Rials to its buyer, 4,000,000 Rials of which were allegedly for warehousing. The defendant also noted that in evidence was a fax dated June 27, 1998 (Tab 15 of the defendant's list of documents) and sent by Commodity Procurement & Distribution Centre, the defendant's client in Iran, which stated that 7,000,000 Rials were owed by the defendant to its client in relation to six dispatched containers. The defendant's client explained in the fax that it paid 4,000,000 Rials for warehousing, local insurance and container transferring from the area to another place and that the container's demurrage charges came to 3,000,000 Rials.

[93] La défenderesse a souligné qu'elle avait déposé en preuve une copie d'une traite bancaire (onglets 17 et 23 de la liste de documents de la défenderesse) démontrant que la défenderesse avait indemnisé son acheteur de la somme de 7 000 000 rials ou qu'elle lui avait versé cette somme, et que, sur ce montant, 4 000 000 rials auraient servis au paiement de l'entreposage. La défenderesse a également fait remarquer qu'elle avait soumis en preuve une télécopie datée du 27 juin 1998 (onglet 15 de la liste de documents de la défenderesse) qui lui avait été envoyée par le centre d'achat et de distribution de produits, le client de la défenderesse en Iran, qui affirmait que la défenderesse devait 7 000 000 rials à son client relativement à six conteneurs expédiés. Le client de la défenderesse expliquait dans cette télécopie qu'il avait payé 4 000 000 rials pour l'entreposage, l'assurance locale et le transfert du conteneur d'un endroit à un autre et que les frais de surestaries dus pour ce conteneur s'élevaient à 3 000 000 rials.

[94] The defendant also observed that a second fax dated August 8, 1998 (Tab 19 of the defendant's list of documents) was sent by its client asking that a cheque amounting to 7,000,000 Rials be issued for "relevant costs for the containers which (illegible) have had delay in arrival".

[94] La défenderesse a également fait observer que son client lui avait envoyé une seconde télécopie le 8 août 1998 (onglet 19 de la liste de documents de la défenderesse) pour lui demander d'émettre un chèque au montant de 7 000 000 rials pour [TRADUCTION] «les frais afférents aux conteneurs qui (illisibles) sont arrivés en retard».

[95] However, at the hearing, the plaintiff explained that Robert Woo, by e-mail, (Tab 23 of the plaintiff's amended list of documents), contacted the agent in Iran and asked about the arrival date of the feeder vessel carrying the six containers in Bandar Abbas, asked what was the free time of storage at the terminal, what were the storage costs and whether those terms were negotiable.

[96] Counsel for the plaintiff then explained that the agent answered in his letter (Tab 23 of the plaintiff's amended list of documents) that the free time for containers at the discharge port is 20 days. He also indicated the storage rates in Rials. Counsel for plaintiff made a quick calculation based on the arrival date of the six containers which was deemed to be the first week of May for the purpose of the calculation, although everybody agreed that it was probably later in May. Counsel also suggested that based on the evidence, the containers were held for storage no more than a month. However, he used 45 days in his calculation, since the containers might have arrived in the first week of May.

[97] Without taking into account the free storage time of 20 days, counsel for the plaintiff calculated the storage fees as being 36,000 Rials. According to the plaintiff's agent, the storage fees were as follows:

- 15 days at 400 Rials per day;
- 15 days at 800 Rials per day;
- 15 days at 1200 Rials per day;

[98] As was noted by counsel for the plaintiff, the amount calculated is nowhere near the millions of Rials alleged by the defendant. There is an important difference between 4,000,000 Rials and 36,000 Rials. Counsel for the plaintiff argued that although there is evidence that the defendant paid 7,000,000 Rials for transferring, storage, insurance and handling, it is not

[95] Toutefois, à l'audience, la demanderesse a expliqué que Robert Woo avait, par message électronique (onglet 23 de la liste de documents modifiée de la demanderesse), communiqué avec son représentant en Iran pour s'enquérir de la date d'arrivée à Bandar Abbas du navire collecteur transportant les six conteneurs. Il lui a posé des questions au sujet du temps d'entreposage gratuit au terminal et des frais d'entreposage et lui a demandé si ces conditions étaient négociables.

[96] L'avocat de la demanderesse a ensuite expliqué que le représentant avait répondu par lettre (onglet 23 de la liste de documents modifiée de la demanderesse) que le temps d'entreposage gratuit dont les conteneurs pouvaient bénéficier au port de déchargement était de 20 jours. Il a également précisé les tarifs d'entreposage en rials. L'avocat de la demanderesse a fait un calcul rapide d'après la date d'arrivée des six conteneurs, laquelle était réputée être la première semaine de mai aux fins du calcul, malgré le fait que tous s'entendaient pour dire que les conteneurs étaient probablement arrivés plus tard au cours du mois de mai. L'avocat a également souligné, sur le fondement de la preuve, que les conteneurs avaient été gardés en entreposage pendant plus d'un mois. Il a cependant retenu une période de 45 jours pour ses calculs, étant donné que les conteneurs auraient pu arriver au cours de la première semaine de mai.

[97] Sans tenir compte de la période d'entreposage gratuite de 20 jours, l'avocat de la demanderesse a calculé à 36 000 rials les frais d'entreposage. Suivant le représentant de la demanderesse, les frais d'entreposage se détaillaient comme suit:

- 15 jours à 400 rials par jour;
- 15 jours à 800 rials par jour;
- 15 jours à 1 200 rials par jour;

[98] Ainsi que l'avocat de la demanderesse l'a souligné, le montant calculé est loin des millions de rials auxquels la défenderesse arrive. Il y a une différence marquée entre 4 000 000 rials et 36 000 rials. L'avocat de la demanderesse a soutenu que, bien que, suivant la preuve, la défenderesse ait payé 7 000 000 rials pour le transfert, l'entreposage,

possible to know from the evidence what the payment was for.

[99] I agree with the plaintiff that the defendant's evidence regarding the cost of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers is not sufficient to establish on the balance of probabilities that the defendant suffered these losses. There is no invoice from the warehouse, no details as to how the various fees were calculated, no dates were provided regarding the time of storage. These details should have been available to the defendant, and should have been submitted into evidence.

[100] The evidence is not sufficient to prove that the defendant had to pay fees for transfer, storage, insurance and handling of the six containers due to the late arrival of the seventh container.

[101] Regarding the second head of damages, the cost of reinspection of cargo and out of pocket expenses for the defendant to travel to Bandar Abbas, counsel for the plaintiff noted that there is no invoice from anybody that may have inspected the cargo. Although there was mention that a report was made, the report was not submitted in evidence. Counsel for the plaintiff observed that the results of the report were not known and that no bill with respect to that inspection was submitted.

[102] Counsel for the defendant explained that documents 22, 24, 27 and 28 are relevant in assessing the cost of reinspection of cargo. Document 22 is the fax dated August 8, 1998 from Commodity Procurement & Distribution Centre. Pursuant to the fax, the defendant's client request US\$15,000 from the defendant.

[103] Document 24, is a letter from the defendant to its client confirming that it will make the necessary arrangements to remit the sum of US\$15,000. Document 27 is a letter from the Royal Bank of Canada confirming that it has remitted the amount of

l'assurance et la manutention, la preuve ne permet pas de savoir ce que le paiement de cette somme visait.

[99] Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que les éléments de preuve soumis par la défenderesse au sujet des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs ne sont pas suffisants pour établir, selon la prépondérance des probabilités, que la défenderesse a subi les dommages en question. Il n'y a pas de facture de l'entrepôt, de détails sur la façon dont les divers frais ont été calculés ou de date au sujet de la durée de l'entreposage. La défenderesse aurait dû être au courant de ces détails et elle aurait dû les soumettre en preuve.

[100] La preuve n'est pas suffisante pour prouver que la défenderesse a dû payer des frais pour le transfert, l'entreposage, l'assurance et la manutention des six conteneurs en raison de l'arrivée tardive du septième conteneur.

[101] En ce qui concerne le deuxième chef de dommages, en l'occurrence les frais de réinspection de la cargaison et les débours que la défenderesse a engagés pour se rendre à Bandar Abbas, l'avocat de la demanderesse a fait remarquer que le dossier ne contient aucune facture de quelqu'un qui aurait pu inspecter la cargaison. Bien qu'il ait été mentionné qu'un rapport a été fait, ce rapport n'a pas été soumis en preuve. L'avocat de la demanderesse a fait observer que les résultats du rapport n'étaient pas connus et qu'aucune facture n'avait été soumise relativement à cette inspection.

[102] L'avocat de la défenderesse a expliqué que les documents 22, 24, 27 et 28 sont utiles pour évaluer le coût de réinspection de la cargaison. Le document 22 est la télécopie du 8 août 1998 du centre d'achat et de distribution de produits. Suivant cette télécopie, le client de la défenderesse réclame la somme de 15 000 \$US à la défenderesse.

[103] Le document 24 est une lettre adressée par la défenderesse à son client pour confirmer qu'elle prendra les mesures nécessaires pour lui remettre la somme de 15 000 \$US. Le document 27 est une lettre de la Banque Royale du Canada confirmant la remise

US\$15,000 to the defendant's client. Document 28 also is a confirmation that the defendant's client received US\$15,000.

[104] Although the above documents refer to an amount of US\$15,000 being transferred from the defendant to its client, the documents do not explain the purpose of the transfer. The only explanation regarding this payment is made by Ata Olfati in the defendant's answers to written examination. He explains that the goods were inspected by Industrial Engineering and Inspection Company (IEI) of Iran and that the defendant's office in Teheran advised that a report was made by IEI to the client in respect of a certain number of tires examined by IEI. Mr. Olfati also stated that the amount of US\$15,000 was the payment for the cost of reinspection of the cargo.

[105] In my view, the evidence is insufficient and I cannot conclude that the defendant had to pay US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo. I accept that the amount of US\$15,000 was paid by the defendant to its client. However, the evidence does not permit me to conclude that the amount paid was for the reinspection of the cargo since the only evidence is the bald statement of Mr. Olfati and no other document was provided to support his contention. As was noted by the plaintiff, a report was allegedly made but it was not submitted into evidence, no invoice was submitted to confirm that reinspection of the cargo was done. There is no evidence as to the date it took place. There is no evidence coming from the persons that conducted the reinspection and even the evidence from the defendant's client does not explain what the amount paid was for. The defendant has failed to demonstrate on a balance of probabilities that it paid US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo.

[106] In terms of the out-of-pocket expenses, counsel for the plaintiff noted that although the documents showed that it related to some kind of travel, no invoices for any kind of travel expenses were

de la somme de 15 000 \$US au client de la défenderesse. Le document 28 confirme également que le client de la défenderesse a reçu la somme de 15 000 \$US.

[104] Bien que les documents susmentionnés fassent état du transfert de la somme de 15 000 \$US du client de la défenderesse à cette dernière, ces documents n'expliquent pas l'objet du transfert. La seule explication qui a été fournie au sujet de ce paiement est celle qu'a donnée Ata Olfati dans les réponses aux questions posées lors de l'interrogatoire écrit. Il a expliqué que les marchandises avaient été inspectées par la société de génie et d'inspection industriels (SGII) en Iran et que le bureau de la défenderesse à Téhéran l'avait informé que la SGII soumettait un rapport au client au sujet d'un certain nombre de pneus que la SGII avait examinés. M. Olfati a également déclaré que la somme de 15 000 \$US servait à payer le coût de réinspection de la cargaison.

[105] À mon avis, la preuve est insuffisante et je ne puis conclure que la défenderesse devait payer 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison. J'accepte que la défenderesse a payé la somme de 15 000 \$US à son client, mais la preuve ne me permet pas de conclure que la somme payée visait la réinspection de la cargaison, étant donné que le seul élément de preuve dont nous disposons est la simple affirmation de M. Olfati et qu'aucun autre document n'a été présenté pour appuyer ses dires. Ainsi que la demanderesse l'a fait remarquer, un rapport aurait été préparé, mais il n'a pas été déposé en preuve et aucune facture n'a été soumise pour confirmer que la cargaison a effectivement été réinspectée. Il n'y a pas non plus de preuve au sujet de la date à laquelle la réinspection aurait été effectuée. Il n'y a pas d'éléments de preuve provenant des personnes qui ont procédé à la réinspection et même le client de la défenderesse n'a pas expliqué dans son témoignage ce pour quoi cette somme était versée. La défenderesse n'a pas réussi à démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'elle a versé la somme de 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison.

[106] En ce qui a trait aux débours qui auraient été engagés, l'avocat de la demanderesse a fait remarquer que, bien que les documents montrent qu'ils se rapportent effectivement à des déplacements, aucune

submitted. Further, it is not possible to know why a person went there and there is no report from the person. Counsel for the plaintiff was of the view that there was a complete lack of the documents that one would submit to prove the expense.

[107] Once again, the only evidence of the expenses incurred by the defendant regarding the out-of-pocket expenses is from Mr. Olfati who stated in his supplementary affidavit that the travel expenses were in the amount of US\$1,750. No documents were provided in support of his contention. There is no documentary evidence whatsoever that US\$1,750 was ever paid for travel expenses and in my view, Mr. Olfati's contention without any other explanation or supporting documents is not sufficient to establish on a balance of probabilities that the amount was incurred or paid.

[108] Counsel for the plaintiff then examined the legal fees claimed by the defendant and again noted that no legal bill was adduced into evidence. He observed that it is not possible to know what the legal fees were for and that once again there was a complete paucity of any kind of backup on this item.

[109] I have reviewed the evidence, and the only reference regarding legal fees is found in the "commercial invoice" sent by the defendant to the plaintiff. Since no evidence was provided in support of the allegation that the defendant incurred legal fees because of the plaintiff's negligence, I cannot conclude that the defendant is entitled to reimbursement of these fees.

[110] On the issue of the replacement CIF value of defective units, counsel for the plaintiff pointed out that the component of the insurance cannot be claimed as the insurance was covered in Iran. Secondly, counsel for the plaintiff argued that there was no proof of any defective units. He explained that although there is a bald statement that 35 units were defective, there is no

facture n'a été soumise relativement à quelque type de déplacement que ce soit. De plus, il n'est pas possible de savoir pourquoi une personne s'est rendue là-bas et on n'a pas entendu cette personne à ce sujet. L'avocat de la demanderesse s'est dit d'avis qu'il y a absence totale du type de documents qu'une personne soumettrait pour faire la preuve de cette dépense.

[107] Une fois de plus, le seul élément de preuve dont nous disposons au sujet des débours de la défenderesse est le témoignage de M. Olfati, qui affirme, dans son affidavit supplémentaire, que les frais de déplacement s'élevaient à 1 750 \$US. Aucun document n'a été soumis à l'appui de cet argument. Il n'y a pas le moindre élément de preuve documentaire qui démontre que la somme de 1 750 \$US a jamais été payée pour des frais de déplacement et j'estime que, sans plus d'explications et faute de documents à l'appui, l'affirmation de M. Olfati n'est pas suffisante pour établir selon la prépondérance des probabilités que cette somme a été engagée ou payée.

[108] L'avocat de la demanderesse a ensuite examiné les honoraires d'avocat réclamés par la défenderesse et a fait remarquer une fois de plus qu'aucune note d'honoraires n'avait été produite en preuve. Il a fait observer qu'il n'est pas possible de savoir ce que ces honoraires d'avocat pouvaient viser et il a ajouté que, là encore, il n'y avait pas le moindre élément permettant de justifier ce poste.

[109] J'ai examiné la preuve et la seule mention d'honoraires d'avocat se trouve dans la «facture commerciale» que la défenderesse a envoyée à la demanderesse. Comme aucun élément de preuve n'a été soumis pour appuyer l'allégation que la défenderesse a engagé des honoraires d'avocat en raison de la négligence de la demanderesse, je ne puis conclure que la défenderesse a droit au remboursement de ses frais.

[110] Sur la question de la valeur de remplacement CAF des articles défectueux, l'avocat de la demanderesse a souligné que ce volet d'assurance ne pouvait faire l'objet d'une déclaration de sinistre car ce risque était assuré en Iran. En second lieu, l'avocat de la demanderesse a fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve établissant qu'il y avait des articles défectueux.

evidence of any replacement of any of these units and no evidence that there was a shipment of another 35 units. Furthermore, there is no evidence as to the physical damage that would have ensued because of the delay in clearing the goods from customs. However, there is evidence that the defendant got paid in full, and there is evidence that the defendant was released from its performance guarantee.

[111] On this issue, the defendant submitted into evidence a fax dated October 22, 1998 from its client confirming that 35 units were found defective as a result of damage suffered in prolonged shipping. The defendant also submitted a document explaining how the amount claimed by the client, i.e. US\$29,754, was calculated.

[112] The evidence does not support a finding that the amount was paid by the defendant to its client or that the tires were replaced. Although the evidence is to the effect that there was a claim, no evidence was adduced regarding how the claim was dealt with.

[113] Regarding the banking charges and interest incurred by the defendant, counsel for the plaintiff maintained that there was no evidence substantiating the amount claimed by the defendant.

[114] The defendant submitted a fax dated August 25, 1998, from the Société Générale (Canada) advising the defendant that the Société Générale was going to deduct C\$3,829.40 from the defendant's Canadian deposit. The amount of C\$2,980.85 set out in the fax was for the commission and charges relating to the balance due as per the letter dated October 1, 1997 and May 1, 1998. An amount of C\$339.64 was for the claim by the Bank Tejerat in their swift of August 25, 1998 as well as an amount of C\$308.91 which was claimed by the bank Tejerat in their swift dated August 25, 1998. An additional sum of C\$200 was added for the cost of the Société Générale swift/telex.

Il a expliqué que, malgré la simple affirmation que 35 articles étaient défectueux, il n'avait pas été démontré que l'on avait remplacé ces articles ou qu'on avait expédié 35 autres articles. De plus, il n'y a aucun élément de preuve au sujet des dommages matériels entraînés par le retard qu'avait accusé le dédouanement des marchandises. Il existe toutefois des éléments de preuve tendant à démontrer que la défenderesse a été payée en entier et qu'elle a été libérée de sa garantie d'exécution.

[111] Sur cette question, la défenderesse a soumis en preuve une télécopie que son client lui a fait parvenir le 22 octobre 1998 pour confirmer que l'on avait constaté que 35 articles étaient défectueux par suite des dommages subis à cause du transport prolongé. La défenderesse a également soumis un document qui explique comment le montant réclamé par son client, 29 754 \$US, avait été calculé.

[112] La preuve ne permet pas de conclure que la somme a été versée par la défenderesse à son client ou que les pneus ont été remplacés. Bien que la preuve tende à démontrer qu'une réclamation a été formulée, aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la suite qui a été donnée à une telle réclamation.

[113] Au sujet des frais et intérêts bancaires engagés par la défenderesse, l'avocat de la demanderesse maintient qu'il n'y a aucun élément de preuve qui justifie la somme réclamée par la défenderesse.

[114] La défenderesse a soumis une télécopie envoyée le 25 août 1998 par la Société Générale (Canada) à la défenderesse pour l'informer que la Société Générale s'appropriait à soustraire une somme de 3 829,40 \$CAN du dépôt canadien de la défenderesse. La somme de 2 980,85 \$CAN précisée dans la télécopie visait la commission et les frais relatifs au solde dû selon des lettres datées du 1^{er} octobre 1997 et du 1^{er} mai 1998. Une somme de 339,64 \$CAN visait la somme réclamée par la Banque Tejerat dans sa communication du 25 août 1998, ainsi que la somme de 308,91 \$CAN réclamée par la Banque Tejerat dans sa communication du 25 août 1998. Une somme supplémentaire de 200 \$CAN a été ajoutée pour couvrir le coût de la communication/du télex de la Société Générale.

[115] In a letter dated November 26, 1998, the Société Générale advised the defendant that the performance guarantee was cancelled and that enclosed was a cheque being the refund of the deposit plus interest less the commission and charges as per the Société Générale's fax dated August 25, 1998.

[116] Counsel for the plaintiff observed that it appeared that the amount of C\$2,980.85 was a balance due in respect of the performance bond prior to its extension. Counsel for the plaintiff submitted that this was indicative of the lack of substantiation of the claim.

[117] I agree with the plaintiff that the amount of C\$2,980.85 referred to in the letter dated May 12, 1998 refers to a balance due as per letters dated October 10, 1997 and May 1, 1998 and therefore appears to relate to a balance due prior to the extension of the guarantee. Furthermore, it has to be noted that the defendant claims banking charges and interest in the amount of US\$4,183. However, the defendant did not explain how it arrived at that amount and the evidence submitted does not support a finding that the defendant incurred charges in the amount of US\$4,183. Further, it is not clear what the amounts stated in the fax dated August 25, 1998 were for. It shows that the Bank Tejerat claimed certain amounts in its swifts dated August 25, 1998, however, the swifts submitted in evidence do not claim the same amount as stated in the fax. Therefore, it is not possible to know what the amounts claimed related to and whether it related to the extension of the performance guarantee.

[118] Lastly, counsel for the plaintiff argued that there are no documents regarding the loss of profit alleged by the defendant. There is an invoice that the defendant claims is the contract it lost. Counsel for the plaintiff observed that there is no proof of any binding contract and because of this, it is very difficult to see how the defendant can complain of the business loss. Counsel for the plaintiff submitted that there was a

[115] Dans une lettre datée du 26 novembre 1998, la Société Générale a informé la défenderesse que la garantie d'exécution avait été annulée et qu'elle trouverait en annexe un chèque correspondant au remboursement du dépôt majoré des intérêts, moins la commission et les frais d'envoi de la télécopie du 25 août 1998 de la Société Générale.

[116] L'avocat de la demanderesse a fait observer qu'il semblait que la somme de 2 980,85 \$CAN était un solde dû au titre de la garantie d'exécution avant que celle-ci ne soit prolongée. L'avocat de la demanderesse a fait valoir que ce fait permettait de conclure à l'absence d'éléments justifiant la réclamation.

[117] Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que la somme de 2 980,85 \$CAN dont il est question dans la lettre du 12 mai 1998 vise le solde dû mentionné dans les lettres du 10 octobre 1997 et du 1^{er} mai 1998 et que cette somme semble en conséquence se rapporter au solde impayé avant la prorogation de la garantie. Qui plus est, il y a lieu de noter que la défenderesse réclame la somme de 4 183 \$US à titre de frais et intérêts bancaires. La défenderesse n'a toutefois pas expliqué comment elle en arrivait à cette somme et la preuve soumise ne permet pas de conclure que la défenderesse a engagé des frais s'élevant à 4 183 \$US. En outre, on ne sait pas avec certitude ce que visaient les sommes précisées dans la télécopie du 25 août 1998. Il en ressort que la Banque Tejerat a réclamé certaines sommes dans ses communications du 25 août 1998, mais dans les communications qui ont été déposées en preuve on ne réclame pas le même montant que celui qui figure dans la télécopie. Il n'est donc pas possible de savoir à quoi se rapportent les montants réclamés ou s'ils concernent la prolongation de la garantie d'exécution.

[118] Finalement, l'avocat de la demanderesse a plaidé qu'il n'y a aucune pièce au sujet du manque à gagner que la défenderesse prétend avoir subi. Il existe une facture qui, selon ce que prétend la défenderesse, constate l'existence du contrat qu'elle a perdu. L'avocat de la demanderesse a fait observer qu'il n'y a aucune preuve de l'existence d'un contrat exécutoire et qu'en raison de ce fait, il est très difficile de savoir

complete absence of any substantiation of a contract and indeed any connection, if there was negligence, between the loss of that contract and the alleged negligence.

[119] According to the defendant, the Kala Resana Company, of the Ministry of Energy, was advised by the Commodity Procurement & Distribution Centre, the defendant's client in Iran, to "hold back" the imminent issuance of a letter of credit which was in furtherance of a new confirmed order to supply 60 additional containers of tires valued at US\$2,064,000 pending the resolution of the missing container of shipment No. 8.

[120] The defendant also explained that a follow-up order for supply and delivery of an additional 1000 units of tires valued US\$748,000 and placed by the Ministry of Road and Transportation, was put on hold based on the Commodity Procurement & Distribution Centre's information regarding the missing container.

[121] Regarding the order from Kala Resana Company, the defendant submitted a pro forma invoice dated June 11, 1997 and sent to Kala Resana Company. The invoice confirms that the price for the order of heavy-duty tires would be US\$2,064,240 and gives the various terms and conditions of the offer. It also states that the offer is valid for 21 days from the date of its issuance.

[122] The defendant also submitted a fax dated January 31, 1998, from Kala Resana Company, advising, regarding the status of the letter of credit, that the banking procedures were started through Kala Resana Company's advising bank, and that God willing, Kala Resana Company would be able to announce the opening of the said letter of credit accordingly and promptly.

comment la défenderesse peut se plaindre d'avoir subi une perte commerciale. L'avocat de la demanderesse soutient qu'il y a une absence complète de tout élément démontrant l'existence d'un contrat ou même l'existence de quelque lien que ce soit, en admettant qu'il y ait eu négligence, entre la perte de ce contrat et la présumée négligence.

[119] Suivant la défenderesse, la société Kala Resana, du ministère de l'Énergie, a reçu pour instructions du centre d'achat et de distribution des produits, le client de la défenderesse en Iran, de «retenir» la délivrance imminente d'une lettre de crédit qui faisait suite à une nouvelle commande confirmée visant la fourniture de 60 conteneurs supplémentaires de pneus évalués à 2 064 000 \$US en attendant que soit réglée la question du conteneur manquant de l'envoi n°8.

[120] La défenderesse a également expliqué qu'une autre commande de suivi concernant la fourniture et la livraison de 1 000 pneus supplémentaires évalués à 748 000 \$US qui avait été passée par le ministère de la Voirie et des Transports avait été mise en suspens compte tenu des renseignements communiqués par le centre d'achat et de distribution des produits au sujet du conteneur manquant.

[121] En ce qui concerne la commande de la société Kala Resana, la défenderesse a soumis une facture *pro forma* datée du 11 juin 1997 qu'elle avait envoyée à la société Kala Resana. Cette facture confirme que le prix des pneus tout-terrains serait de 2 064 240 \$US et précise les diverses conditions de l'offre. Il y est également précisé que l'offre vaut pour 21 jours à compter de la date de sa formulation.

[122] La défenderesse a également soumis une télécopie datée du 31 janvier 1998 provenant de la société Kala Resana et précisant, au sujet de la lettre de crédit, que des démarches auprès de la banque avaient été entreprises par l'intermédiaire de la banque conseillère de la société Kala Resana et que, si tout allait bien, la société Kala Resana serait en mesure d'annoncer dans les plus brefs délais l'ouverture de cette lettre de crédit selon les conditions en question.

[123] The plaintiff argues that there was no evidence of a binding contract.

[124] Mr. Olfati explained at the hearing that in order to have a binding contract with the Iranian customer, a pro forma invoice must be issued. Based on the pro forma invoice which outlines all the terms and conditions, the customer will then give the order. According to Mr. Olfati, the confirmation of the order is the fax dated January 31, 1998, from Kala Resana Company advising that banking procedures were started through the advising bank. Mr. Olfati explained that the fax dated January 31, 1998 was the confirmation that there was a binding contract between the Iranian customer and the defendant.

[125] The defendant also submitted a pro forma invoice dated December 19, 1997 in support of its contention that it was unable to secure a follow-up order for supply and delivery of an additional 1000 units of tires because of the plaintiff's negligence. This pro forma invoice also sets out the terms and conditions of the offer and confirm that the pro forma invoice is valid for 30 days from the date of its issuance.

[126] In my view, the evidence is insufficient to conclude that binding contracts were reached between the defendant and its client. In any event, even if I were to conclude that valid contracts had been concluded, the evidence does not establish on a balance of probabilities that the contracts were lost because of the plaintiff's negligence. I have not a single piece of evidence showing that the contract, if there is, was cancelled in relation with the plaintiff's negligence. Therefore, no damages will be awarded regarding the defendant's alleged loss of profit.

[127] In conclusion, the claim by the plaintiff is granted and the counterclaim by the defendant is dismissed.

[123] La demanderesse affirme qu'il n'y a aucun élément de preuve qui permette d'affirmer qu'il existait un contrat exécutoire.

[124] M. Olfati a expliqué à l'audience que, pour qu'il y ait conclusion d'un contrat exécutoire avec le client iranien, il fallait envoyer une facture *pro forma*. Sur le fondement de la facture *pro forma* qui précise toutes les modalités et conditions, le client passe ensuite sa commande. Suivant M. Olfati, la confirmation de la commande se trouve dans la télécopie envoyée le 31 janvier 1998 par la société Kala Resana pour préciser que des démarches avaient été entreprises auprès de la banque par l'intermédiaire de sa banque conseillère. M. Olfati a expliqué que la télécopie datée du 31 janvier 1998 était la confirmation de l'existence d'un contrat exécutoire liant le client iranien et la défenderesse.

[125] La défenderesse a également soumis une facture *pro forma* datée du 19 décembre 1997 à l'appui de son argument qu'elle n'avait pas été en mesure d'obtenir une commande de suivi pour la fourniture et la livraison de 1 000 pneus supplémentaires en raison de la négligence de la demanderesse. Cette facture pro forma précise par ailleurs les modalités et les conditions de l'offre et confirme que la facture pro forma est valide pour une période de 30 jours à compter de sa délivrance.

[126] À mon avis, la preuve n'est pas suffisante pour me permettre de conclure que des contrats exécutoires ont été conclus entre la défenderesse et son client. En tout état de cause, même si je devais conclure que des contrats ont été valablement conclus, la preuve n'établit pas, selon la prépondérance des probabilités, que les contrats ont été perdus en raison de la négligence de la demanderesse. Je ne dispose pas du moindre élément de preuve qui démontre que le contrat, s'il en est, a été annulé du fait de la négligence de la demanderesse. En conséquence, aucuns dommages-intérêts ne seront accordés au titre du prétendu manque à gagner de la défenderesse.

[127] En conclusion, la demande de la demanderesse est accueillie et la demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée.

THE COURT ORDERS THAT:

- The defendant pay the plaintiff the amount of C\$46,174.73 plus interest at 8% calculated from April 22, 1998 until payment. The parties have agreed that the exchange rate of 1.5315 will apply.
- The counterclaim by the defendant is rejected given that the defendant cannot provide any evidence of damages.
- The decision on costs is reserved. The parties shall provide written submissions pursuant to costs, no later than October 19, 2001.

LA COUR:

- Condamne la défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 46 174,73 \$CAN, majorée des intérêts, lesquels seront calculés au taux de huit pour cent à compter du 22 avril 1998 et jusqu'au paiement, au taux de change de 1,5315 mutuellement convenu par les parties;
- Rejette la demande reconventionnelle de la défenderesse, compte tenu du fait que la défenderesse ne peut fournir de preuves au sujet des dommages qu'elle prétend avoir subis;
- Reporte à plus tard sa décision au sujet des dépens et ordonne aux parties de lui soumettre des observations par écrit au sujet des dépens au plus tard le 19 octobre 2001.

A-701-00
2001 FCA 398

A-701-00
2001 CAF 398

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Canadian Pacific Limited (*Respondent*)

Canadien Pacifique Limitée (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. CANADIAN PACIFIC LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Sexton and Evans J.J.A.—
Toronto, November 7; Ottawa, December 21, 2001.

Cour d'appel, juges Strayer, Sexton et Evans, J.C.A.—
Toronto, 7 novembre; Ottawa, 21 décembre 2001.

Income Tax — Income Calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision borrowing of Australian dollars arranged primarily for bona fide business purposes other than to obtain tax benefit — Income Tax Act, s. 245(2) providing where transaction avoidance transaction, tax consequences shall be determined in order to deny tax benefit that, but for s. 245, would result from transaction, series of transactions — S. 245(3) defining “avoidance transaction” as any transaction, part of series of transactions, that, but for this section, would result directly or indirectly in tax benefit, unless transaction reasonably considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purpose other than to obtain tax benefit — Taxpayer issuing debentures in Australian dollars, immediately converting proceeds into Canadian dollars, contracting with financial institutions to secure future delivery of foreign exchange necessary to make interest payments under terms of debentures, retire principal — Cost in Canadian dollars to repay principal locked in, less than amount received in exchange for Australian dollars even though Australian interest rates higher because Australian inflation rates higher when debentures issued, value of Australian dollar declining in relation to Canadian dollar — Taxpayer deducted cost in Canadian dollars of interest required to be paid under debentures — Minister disallowing part of deduction as payment on account of principal — Assuming deduction of disallowed interest artificially reducing taxpayer's income, invoking s. 245 — Application of OSFC Holdings Ltd. v. Canada to determine whether s. 245 applied — Taxpayer reaped two tax benefits: (1) interest expenses deducted earlier than offsetting capital gains included in income; (2) because capital gains taxed at lower rate than interest expenses, taxpayer able to reduce taxable income, reduce tax liability — Next step to determine primary purpose to ascertain whether avoidance transaction — “Primary purpose” implying possibly more than one purpose; necessary to consider transaction as whole — Could not separate currency of borrowed funds, borrowing into two transactions — Not argued T.C.C. applied wrong test in determining Australian dollar borrowing for business purposes, nor made palpable, overriding error in finding primary purpose other than tax benefit — Minister's argument abuse of Act as whole failed as depended upon recharacterizing interest payments as

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel dirigé contre une décision de la C.C.I. selon laquelle les emprunts en dollars australiens avaient été effectués principalement pour des objets commerciaux véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal — L'art. 245(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, prévoit que, lorsque l'opération est une opération d'évitement, les attributs fiscaux doivent être déterminés de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans l'art. 245, découlerait de l'opération ou de la série d'opérations — Selon l'art. 245(3), l'opération d'évitement s'entend soit de l'opération, soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans cet article, découlerait directement ou indirectement un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables, l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considéré comme un objet véritable — Le contribuable avait émis des débetures en dollars australiens, puis avait converti immédiatement le produit en dollars canadiens, pour conclure ensuite des ententes avec des établissements financiers en vue d'obtenir la livraison future des devises nécessaires aux paiements périodiques d'intérêts prévus par les débetures et au remboursement du principal à l'échéance — Le coût en dollars canadiens des devises nécessaires au remboursement du principal fut donc bloqué et il était inférieur au produit, en dollars canadiens, reçu par le contribuable en échange des fonds australiens, même si les taux d'intérêt australien étaient plus élevés, et cela parce que le taux d'inflation en Australie était plus élevé au moment de l'émission des débetures, et parce que la valeur du dollar australien se dépréciait par rapport au dollar canadien — Le contribuable avait déduit le coût, en dollars canadiens, des intérêts devant être payés sur les débetures — Le ministre a refusé une partie de la déduction parce qu'elle reflétait des remboursements de principal — Invoquant l'art. 245, le ministre a considéré que la déduction des intérêts ainsi refusés réduirait artificiellement le revenu du contribuable — Application de l'arrêt OSFC Holdings Ltd. c. Sa Majesté la Reine pour savoir si l'art. 245 était applicable — Le contribuable avait recueilli deux avantages fiscaux: 1) les intérêts débiteurs ont été déduits du revenu au cours de périodes fiscales plus immédiates que celles où les gains en capital compensatoires ont été inclus dans le revenu;

capital, but s. 245 permitting such recharacterization only after avoidance transaction established, and that otherwise misuse, abuse.

This was an appeal from the Tax Court's decision that the borrowing of Australian dollars had been arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain a tax benefit. CP had issued debentures in Australian dollars. It converted the proceeds of the debenture issue into Canadian dollars as soon as it received the borrowed funds. At the same time, it entered into contracts with various financial institutions to secure the future delivery of the foreign exchange necessary to make the periodic payments of interest called for by the debentures and to retire the principal on maturity. The cost to CP in Canadian dollars of the foreign exchange required to repay the principal amount of the loans was thus locked in at the very outset and was less than the Canadian dollar proceeds received in exchange for the foreign money which CP had borrowed. Inflation rates were higher in Australia than in Canada when the debentures were issued and the value of the Australian dollar was declining in relation to the Canadian dollar. The stated foreign interest rates denominated in foreign currency exceeded Canadian rates on comparable debentures. However, at the time the loans were negotiated CP could expect to be compensated for the difference because the company would pay future interest and principal amounts in devalued New Zealand and Australian dollars. CP locked in this off-setting compensation by taking long positions in forward currency contracts in which the forward exchange rates were lower than the spot exchange rates that existed when CP issued the debentures. CP deducted as interest for its 1990 taxation year under *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(c) the cost in Canadian dollars of the interest required to be paid under the debentures. The Minister of National Revenue disallowed part of the deduction. Tax was assessed on the basis that the disallowed interest reflected payments on account of principal and could

2) comme les gains en capital sont imposés à un taux inférieur à celui auxquels les intérêts débiteurs sont déductibles, le contribuable a pu réduire son revenu imposable et par conséquent réduire son assujettissement à l'impôt — Il fallait ensuite déterminer l'objet principal pour savoir s'il y avait eu opération d'évitement — Il peut y avoir plus d'un objet dans l'objet principal; il est nécessaire d'examiner l'opération dans son intégralité — Il était impossible de séparer en deux opérations la monnaie des fonds empruntés et l'emprunt lui-même — Il n'a pas été allégué que la C.C.I. avait appliqué le mauvais critère pour dire que l'emprunt en dollars australiens avait un objet commercial, ni que la C.C.I. avait commis une erreur manifeste ou fatale lorsqu'elle avait jugé que l'objet principal n'était pas l'avantage fiscal — L'argument du ministre selon lequel il y avait eu abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble n'était pas recevable parce qu'il impliquait une requalification des versements d'intérêts en remboursement du principal, mais l'art. 245 n'autorise une telle requalification qu'après qu'il a été établi qu'il y a eu opération d'évitement et qu'il y aurait par ailleurs abus.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision de la Cour de l'impôt selon laquelle l'emprunt en dollars australiens avait été effectué principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. Le CP avait émis des débetures en dollars australiens. Il avait converti le produit des émissions de débeture en dollars canadiens dès la réception des fonds empruntés. Simultanément, il avait conclu des ententes avec divers établissements financiers en vue d'obtenir la livraison future des devises nécessaires aux paiements périodiques d'intérêts prévus par les débetures et au remboursement du principal à l'échéance. Le coût en dollars canadiens, pour le CP, des devises nécessaires au remboursement du principal des emprunts fut donc fixé ou bloqué dès le départ et il était inférieur au produit, en dollars canadiens, reçu par le CP en échange des fonds étrangers qu'il avait empruntés. Le taux d'inflation était plus élevé en Australie qu'au Canada lorsque les débetures avaient été émises, et la valeur du dollar australien se dépréciait par rapport au dollar canadien. Les taux d'intérêt étrangers fixés, applicables à la monnaie étrangère, dépassaient les taux canadiens sur des débetures comparables. Cependant, au moment où les emprunts avaient été négociés, le CP pouvait espérer récupérer la différence parce que l'entreprise paierait les intérêts futurs et rembourserait le principal avec des dollars australiens et néo-zélandais dévalués. Le CP immobilisa cette opération de compensation en prenant des positions longues sur des contrats de change à terme, dont les taux de change à terme étaient inférieurs aux taux de change au comptant qui avaient cours lorsque le CP avait émis les débetures. Le CP a déduit, à titre d'intérêts pour son année d'imposition 1990, en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le coût en dollars canadiens des intérêts devant être payés sur

not be regarded as a reasonable amount in respect of CP's obligation to pay interest on the money under the debentures. The Minister also assumed that the deduction of the disallowed interest would unduly or artificially reduce CP's income and invoked subsection 245 of the Act, the GAAR. Subsection 245(2) provides that where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences shall be determined as is reasonable in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction. Subsection 245(3) defines an avoidance transaction as any transaction or part of a series of transactions that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. The Tax Court found that, although there was a tax benefit, this was not the primary purpose of the borrowing, which was, in fact, to generate capital required in CP's business.

The issues were: (1) whether the primary purpose for arranging to issue the debentures in Australian currency was other than to obtain a tax benefit; and (2) whether deducting the excess interest did not result directly or indirectly in an abuse having regard to the provisions of the Act as a whole.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) This Court, in its recent decision in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, outlined the steps in an analysis of whether section 245 applies. The first step was to determine whether the taxpayer had received a tax benefit as a result of the transaction or series of transactions. CP reaped two tax benefits from these transactions: (1) the interest expenses were deducted from income in earlier tax periods than were the offsetting capital gains included in income, thereby deferring taxable income and tax liability; and (2) because capital gains are taxed at a lower rate than interest expenses are deductible, CP was able to reduce its taxable income and thereby reduce its tax liability.

The next step was to determine whether there had been an avoidance transaction. If the primary purpose of a transaction or of any transactions in a series is to obtain the tax benefit, then it is an avoidance transaction. The appellant argued that the only purpose of the more costly Australian borrowing was to obtain a tax benefit, and that if any one transaction in a

les débetures. Le ministre du Revenu national a refusé une partie de la déduction. Il a calculé l'impôt en considérant que les intérêts dont il avait refusé la déduction reflétaient des remboursements de principal et ne pouvaient être vus comme une somme raisonnable par rapport aux intérêts que devait payer le CP sur les débetures. Le ministre a aussi considéré que la déduction des intérêts ainsi refusée réduirait indûment ou artificiellement le revenu du CP, et il a invoqué l'article 245 de la loi, appelé la RGAE. Le paragraphe 245(2) prévoit que, en cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux doivent être déterminés de façon raisonnable, de manière à supprimer un avantage fiscal qui, sans cet article, découlerait de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie. Le paragraphe 245(3) définit une opération d'évitement comme une opération, ou une opération faisant partie d'une série d'opérations dont, sans cet article, découlerait directement ou indirectement un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considéré comme un objet véritable. La Cour de l'impôt a jugé que, bien qu'il y eût un avantage fiscal, ce n'était pas là l'objectif premier de l'emprunt, lequel visait à financer les activités du CP.

Les questions étaient les suivantes: 1) l'objet premier de l'émission des débetures en monnaie australienne était-il d'obtenir un avantage fiscal? et 2) la déduction des intérêts excédentaires entraînait-elle ou non, directement ou indirectement, un abus dans l'application de la loi lue dans son ensemble?

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Dans son arrêt récent, *OSFC Holdings Ltd. c. Sa Majesté la Reine*, la Cour a décrit les étapes à franchir pour savoir si l'article 245 est applicable. Il faut d'abord se demander si le contribuable a ou non reçu un avantage fiscal par suite de l'opération ou de la série d'opérations. Le CP a recueilli deux avantages fiscaux en concluant ces opérations: 1) les intérêts débiteurs ont été déduits du revenu au cours de périodes fiscales plus immédiates que celles où les gains en capital compensatoires ont été inclus dans le revenu, reportant ainsi le revenu imposable et donc l'assujettissement à l'impôt; et 2) comme les gains en capital sont imposés à un taux inférieur à celui auquel les intérêts débiteurs sont déductibles, le CP a pu réduire son revenu imposable et par conséquent réduire son assujettissement à l'impôt.

Il faut ensuite se demander s'il y a eu opération d'évitement. Si l'objet premier de l'opération ou des opérations d'une série est d'obtenir l'avantage fiscal, alors il s'agit d'une opération d'évitement. L'appellante a fait valoir que le seul objet de l'emprunt plus coûteux en dollars australiens était d'obtenir un avantage fiscal et que, si une

series was not carried out primarily for *bona fide* non-tax purposes, that transaction will be an avoidance transaction. It is not possible to separate the currency of the borrowed funds from the borrowing itself so as to make the denomination of the borrowing a discrete transaction. The borrowing was the transaction, not the denomination of the currency. The foreign currency was the very thing that CP borrowed under the debentures and without those Australian dollars the lenders could not have provided CP with the money that was the subject-matter of the contract. By the definition in subsection 245(2), a transaction includes an arrangement or event. Thus the definition of transaction is extended to include circumstances that would not strictly be considered to be a transaction within the normal meaning of that term. However, that extended definition cannot be interpreted to justify taking apart a transaction in order to isolate its business and tax purposes. The necessity to determine primary purpose implies that there is more than one purpose and that the transaction is to be considered as a whole. The Crown could not artificially split off various aspects of it in order to create an avoidance transaction. The Australian dollar borrowing was one complete transaction, and could not be separated into two transactions by labelling the designation in Australian dollars as a separate transaction.

The Tax Court found, as a matter of fact, that the primary purpose of this Australian dollar borrowing transaction was for business purposes. Since it was not argued that the Tax Court had applied the wrong legal test to determine CP's primary purpose, and it was not established that the Tax Court made a palpable or overriding error that affected its assessment of evidence such that the finding of fact was clearly wrong, the finding that CP's primary purpose was not to minimize tax could not be reversed.

(2) The above finding was sufficient to dispose of the appeal, but the issue of whether the borrowing was an abuse of the Act as a whole was dealt with as it had been fully argued by counsel. The appellant argued that there was an abuse of the Act as a whole because the payments which were labelled interest under the debentures were actually made up of partial payments of principal plus interest, resulting in deduction of principal, contrary to the policy of the Act. The debenture document labelled payments thereunder as interest and absolutely prohibited pre-payment of principal. The Court could not ignore the arm's-length relationship between CP and the lender and, in effect, rewrite the terms of their agreement. A recharacterization of a transaction is expressly permitted under section 245, but only after it has been established that there has been an avoidance transaction and that there would

opération d'une série d'opérations n'a pas été effectuée principalement pour des objets non fiscaux véritables, alors cette opération sera une opération d'évitement. Il n'est pas possible de faire une distinction entre la monnaie des fonds empruntés et l'emprunt lui-même de telle sorte que le choix de la monnaie dans laquelle l'emprunt est libellé devienne lui-même une opération. C'est l'emprunt qui était l'opération, non le choix de la monnaie dans laquelle il était libellé. La monnaie étrangère était la chose elle-même que le CP avait empruntée en émettant les débetures et, sans ces dollars australiens, les prêteurs n'auraient pu fournir au CP l'argent qui faisait l'objet du contrat. De par la définition donnée dans le paragraphe 245(2), une convention, un mécanisme ou un événement sont assimilés à une opération. Ainsi, la définition de «opération» est élargie pour englober des circonstances qui ne seraient pas strictement considérées comme une opération au sens ordinaire de ce mot. Cependant, cette définition élargie ne peut être interprétée de manière à justifier la division d'une opération afin d'isoler ses objets commerciaux et ses objets fiscaux. La nécessité de déterminer l'objet principal implique qu'il y a plus d'un objet et que l'opération doit être considérée comme un tout. La Couronne ne pouvait en détacher artificiellement les divers aspects afin de produire une opération d'évitement. L'emprunt en dollars australiens était une opération complète, qu'il était impossible de séparer en deux opérations pour ensuite appeler «opération distincte» l'action de libeller cet emprunt en dollars australiens.

Le juge de la Cour de l'impôt a d'ailleurs trouvé que l'objet premier de cette opération d'emprunt en dollars australiens était un objet commercial. Puisqu'il n'a pas été allégué que la Cour de l'impôt a appliqué le mauvais critère pour déterminer l'objet principal du CP, et puisqu'il n'a pas été établi que la Cour de l'impôt a commis une erreur manifeste ou fatale qui a nui à son appréciation de la preuve au point de rendre manifestement erronée sa conclusion, la décision selon laquelle l'objet premier du CP n'était pas de minimiser l'impôt ne pouvait être infirmée.

2) La conclusion ci-dessus suffisait à disposer de l'appel, mais la question de savoir si l'emprunt constituait un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble a été examinée parce que la question avait été consciencieusement plaidée par les avocats. L'appelante a fait valoir qu'il y avait eu un tel abus parce que les remboursements qui étaient appelés «intérêts» sur les débetures étaient en réalité des remboursements partiels de principal plus les intérêts, ce qui entraînait une déduction du principal, contrairement à l'économie de la Loi. L'accord de débeture appelait ces paiements «versements d'intérêts» et interdisait absolument le remboursement anticipé du principal. La Cour n'avait pas le loisir d'ignorer l'absence de lien de dépendance entre le CP et le prêteur, ni d'ailleurs de reformuler les termes de leur entente. La nouvelle qualification

otherwise be a misuse or abuse. A transaction can neither be portrayed as something which it is not, nor can it be recharacterized in order to make it an avoidance transaction. The Minister's argument as to abuse of the Act as a whole failed because it depended upon recharacterizing the interest payments as capital payments.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 20(1)(c), 67, 245.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

OSFC Holdings Ltd. v. Canada, [2002] 2 F.C. 288; (2001), 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.).

CONSIDERED:

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (1998), 98 DTC 2021 (T.C.C.); *Canada v. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 F.C. 64; (1998), 157 D.L.R. (4th) 655; [1998] 2 C.T.C. 207; 98 DTC 6177; 223 N.R. 122 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. granted [1998] S.C.C.A. 179 (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (1999), 99 DTC 5132 (F.C.A.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada*, [1999] S.C.C.A. No. 97 (QL); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (2000), 2000 DTC 6174 (F.C.A.).

APPEAL from Tax Court decision (*Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (2000), 2000 DTC 2428 (T.C.C.)) that the primary purpose for arranging to issue debentures in Australian currency was other than to obtain a tax benefit and that deducting the excess interest did not result directly or indirectly in an abuse having regard to the provisions of the *Income Tax Act* as a whole. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Harry Erlichman and *Jenna L. Clark* for appellant.

Michael E. Barrack for respondent.

d'une opération est expressément autorisée par l'article 245, mais uniquement après qu'il a été établi qu'il y a eu opération d'évitement et qu'il y aurait par ailleurs abus. Une opération ne peut être définie comme quelque chose qu'elle n'est pas, et elle ne peut non plus être requalifiée de manière à devenir une opération d'évitement. L'argument du ministre selon lequel il y avait eu abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble n'était pas recevable parce qu'il impliquait une requalification des versements d'intérêts en remboursement de principal.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 20(1)c), 67, 245.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

OSFC Holdings Ltd. c. Canada, [2002] 2 C.F. 288; (2001), 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (1998), 98 DTC 2021 (C.C.I.); *Canada c. Shell Canada Ltée*, [1998] 3 C.F. 64; (1998), 157 D.L.R. (4th) 655; [1998] 2 C.T.C. 207; 98 DTC 6177; 223 N.R. 122 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [1998] C.S.C.R. 179 (QL); *Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (1999), 99 DTC 5132 (C.A.F.); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada*, [1999] C.S.C.R. n° 97 (QL); *Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (2000), 2000 DTC 6174 (C.A.F.).

APPEL dirigé contre une décision de la Cour de l'impôt (*Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (2000), 2000 DTC 2428 (C.C.I.)) selon laquelle l'objet premier de l'émission de débentures en monnaie australienne n'était pas d'obtenir un avantage fiscal et selon laquelle la déduction des intérêts excédentaires n'avait pas entraîné, directement ou indirectement, un abus au regard des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Harry Erlichman et *Jenna L. Clark*, pour l'appelante.

Michael E. Barrack, pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] The issue in this case is whether a company which requires capital for use in its business is caught by the general anti-avoidance rule (GAAR) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] when it borrows the required money in foreign currency because it will obtain greater tax benefits than it would if it had borrowed the money in Canada.

HISTORY OF THESE PROCEEDINGS

[2] At the relevant time the respondent (CP) carried on transportation and various other businesses directly and through its subsidiary corporations. In assessing CP for the 1990 taxation year, the Minister of National Revenue disallowed part of a deduction claimed by CP under paragraph 20(1)(c) of the *Income Tax Act* (Act) as an interest expense. CP had claimed an interest deduction for amounts required to be paid under certain debentures denominated in foreign currency. The Minister claimed that the deduction should be reduced by gains from dealings in foreign exchange which were closely linked to the foreign currency borrowings.

[3] The disallowed interest was payable under two separate issues of debentures, one denominated in New Zealand dollars and the other in Australian dollars. Because CP did not require capital in the form of either New Zealand dollars or Australian dollars, it converted the proceeds of the debenture issues into Canadian dollars as soon as it received the borrowed funds. At the same time, it entered into contracts with various financial institutions unrelated to the purchasers of the debentures to secure the future delivery of the foreign exchange necessary to make the periodic payments of interest called for by the debentures and to retire the principal on

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] La question soulevée dans la présente affaire est la suivante: une société en quête de capital pour ses activités est-elle soumise à la règle générale anti-évitement (RGAE) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.) ch. 1] lorsqu'elle emprunte en monnaie étrangère la somme requise parce qu'elle retirera ainsi des avantages fiscaux plus importants que ce ne serait le cas si elle avait emprunté la somme au Canada?

HISTORIQUE DE LA PRÉSENTE INSTANCE

[2] À l'époque pertinente, l'intimée (le CP) exerçait directement et par l'entremise de ses filiales des activités de transport et autres activités. Au moment de cotiser le CP pour l'année d'imposition 1990, le ministre du Revenu national refusa en partie une somme déduite par le CP en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) à titre d'intérêts débiteurs. Le CP avait déduit de son revenu les intérêts à payer sur certaines débetures libellées en monnaie étrangère. Le ministre affirmait que la somme ainsi déduite devrait être diminuée des gains de change directement rattachés aux emprunts en monnaie étrangère.

[3] Les intérêts débiteurs refusés étaient payables pour deux émissions distinctes de débetures, l'une libellée en dollars néo-zélandais et l'autre en dollars australiens. Comme le CP n'avait pas besoin de capitaux en dollars néo-zélandais ou en dollars australiens, il a converti le produit des émissions de débetures en dollars canadiens dès la réception des fonds empruntés. Simultanément, il a conclu des ententes avec divers établissements financiers non apparentés aux acheteurs des débetures, en vue d'obtenir la livraison future des devises nécessaires aux paiements périodiques d'intérêts prévus par les débetures et au remboursement du principal à

maturity. The cost to CP in Canadian dollars of the foreign exchange required to repay the principal amount of the loans was thus fixed or locked in at the very outset and was in each case considerably less than the Canadian dollar proceeds received by CP in exchange for the foreign money which it had borrowed. The interest which CP sought to deduct in computing its income was the cost to it in Canadian dollars of the interest which it was legally obliged to pay and did in fact pay under the terms of the debentures.

[4] The transactions were feasible because inflation rates were higher in New Zealand and Australia than in Canada at the time when the debentures were issued and the value of the New Zealand and Australian dollars was declining in relation to the Canadian dollar. The stated foreign interest rates denominated in foreign currency exceeded Canadian rates on comparable debentures. However, at the time the loans were negotiated CP could expect to be compensated for the differential because the company would pay future interest and principal amounts in devalued New Zealand and Australian dollars. CP locked in this off-setting compensation by taking long positions in forward currency contracts in which the forward exchange rates were lower than the spot exchange rates that existed when CP issued the debentures.

[5] The Minister of National Revenue assessed tax on the basis that the disallowed interest reflected payments on account of principal and could not be regarded as a reasonable amount in respect of CP's obligation to pay interest on the money under the debentures. The Minister also assumed that the deduction of the disallowed interest would unduly or artificially reduce CP's income and invoked subsection 245 of the Act, the GAAR.

[6] The history of the litigation arising from CP's borrowing is linked with that involving Shell Canada Limited, which had entered into similar transactions. Thus, on July 3, 1998, the Tax Court of Canada, (1998), 98 DTC 2021 (T.C.C.), upheld the Minister's reassessment indicating that it was bound by the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 F.C. 64 (C.A.). On February 9, 1999, this

l'échéance. Le coût en dollars canadiens, pour le CP, des devises nécessaires au remboursement du principal des emprunts fut donc fixé ou bloqué dès le départ et dans chaque cas était considérablement inférieur au produit, en dollars canadiens, reçu par le CP en échange des fonds étrangers qu'il avait empruntés. Les intérêts que le CP voulait déduire du calcul de son revenu correspondaient pour lui au coût en dollars canadiens des intérêts qu'il était juridiquement tenu de payer et qu'il a effectivement payés selon les termes des débentures.

[4] Les opérations s'étaient révélées possibles parce que les taux d'inflation étaient plus élevés en Nouvelle-Zélande et en Australie qu'au Canada à l'époque de l'émission des débentures et parce que la valeur du dollar néo-zélandais et du dollar australien se dépréciait par rapport au dollar canadien. Les taux d'intérêt étrangers fixés, applicables à ces monnaies, dépassaient les taux canadiens sur des débentures comparables. Toutefois, au moment où les emprunts furent négociés, le CP pouvait espérer récupérer la différence parce que l'entreprise paierait les intérêts futurs et rembourserait le principal avec des dollars australiens et néo-zélandais dévalués. Le CP immobilisa cette opération de compensation en prenant des positions longues sur des contrats de change à terme, dont les taux de change à terme étaient inférieurs aux taux de change au comptant qui avaient cours lorsque le CP avait émis les débentures.

[5] Le ministre du Revenu national calcula l'impôt en considérant que les intérêts dont il avait refusé la déduction reflétaient des remboursements de principal et ne pouvaient être vus comme une somme raisonnable par rapport aux intérêts que devait payer le CP sur les débentures. Le ministre considérait aussi que la déduction des intérêts ainsi refusés réduirait indûment ou artificiellement le revenu du CP, et il invoqua l'article 245 de la Loi, appelé règle générale anti-évitement (RGAE).

[6] L'historique du litige qui découle des emprunts du CP va de pair avec celui du litige intéressant Shell Canada Limitée, qui avait conclu des opérations semblables. Ainsi, le 3 juillet 1998, la Cour canadienne de l'impôt ((1998), 98 DTC 2021 (C.C.I.)) confirma la nouvelle cotisation du ministre, en indiquant qu'elle était liée par l'arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu dans l'affaire *Canada c. Shell Canada Ltée*, [1998] 3 C.F. 64

Court (*Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (1999), 99 DTC 5132 (F.C.A.)), followed its own decision in *Shell, supra*, and dismissed CP's appeal of the July 3, 1998 judgment of the Tax Court.

[7] *Shell, supra*, contained virtually identical facts to those before the Court in the case at bar, in that Shell Canada Limited (Shell) had issued debentures in New Zealand dollars, had converted the proceeds into Canadian dollars, and had entered into forward exchange contracts for the repurchase of New Zealand dollars for the repayment of the debentures. In *Shell, supra*, the Minister only permitted the company to deduct interest at the rate it would have paid had it borrowed US dollars, namely 9.1 per cent instead of the 15.4 per cent interest rate that Shell in fact paid on the New Zealand debentures. The Federal Court of Appeal upheld the Minister of Revenue's reassessment.

[8] On October 8, 1998, Shell was granted leave to appeal to the Supreme Court of Canada [[1998] S.C.C.A. 179 (QL)] from this decision, and CP was granted intervener status in Shell's appeal.

[9] The Supreme Court of Canada allowed the appeal of Shell on the issue of interest deductibility and dismissed the cross-appeal of Her Majesty the Queen on the issue of income versus capital characterization of foreign exchange gains arising in connection with the transactions: [1999] 3 S.C.R. 622.

[10] On November 10, 1999, the Supreme Court of Canada ([1999] S.C.C.A. No. 97) ordered that CP's case be remanded to the Federal Court of Appeal to be dealt with in accordance with the decision of the Supreme Court of Canada in *Shell, supra*.

[11] On February 17, 2000, this Court ((2000), 2000 DTC 6174 (F.C.A.)) allowed CP's appeal from the July 3, 1998 judgment of the Tax Court of Canada that had upheld the Minister's reassessment with respect to the New Zealand borrowing and held that CP would also succeed in its appeal with respect to the Australian dollar borrowing unless the GAAR as amended applied to it. The Court therefore remitted the matter of the Australian

(C.A.). Le 9 février 1999, la Cour d'appel fédérale (*Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (1999), 99 DTC 5132 (C.A.F.)) suivait sa propre décision rendue dans l'affaire *Shell*, précitée, et rejetait l'appel interjeté par le CP contre le jugement rendu le 3 juillet 1998 par la Cour de l'impôt.

[7] L'arrêt *Shell*, précité, concernait des faits pour ainsi dire identiques à ceux de la présente espèce, en ce sens que Shell Canada Limitée (Shell) avait émis des débetures en dollars néo-zélandais, avait converti le produit en dollars canadiens et avait conclu des contrats de change à terme prévoyant le rachat de dollars néo-zélandais qui serviraient à rembourser les débetures. Dans l'arrêt *Shell*, le ministre a autorisé la société à déduire les frais d'intérêts uniquement au taux qu'elle aurait payé si elle avait emprunté des dollars US, soit 9,1 p. 100 au lieu du taux d'intérêt de 15,4 p. 100 que Shell payait en fait sur les débetures néo-zélandaises. La Cour d'appel fédérale a confirmé la nouvelle cotisation du ministre du Revenu.

[8] Le 8 octobre 1998, Shell obtenait l'autorisation d'interjeter appel de cette décision à la Cour suprême du Canada [[1988] C.S.C.R. 179 (QL)], et le CP obtenait le statut d'intervenant dans l'appel de Shell.

[9] La Cour suprême du Canada a accueilli l'appel de Shell sur la question de la déductibilité des intérêts débiteurs et rejeté l'appel incident de Sa Majesté la Reine sur la question de la qualification des gains de change, c'est-à-dire revenu ou gain en capital, qui avaient résulté des opérations: [1999] 3 R.C.S. 622.

[10] Le 10 novembre 1999, la Cour suprême du Canada ([1999] C.S.C.R. n° 97) ordonnait que la cause du CP soit renvoyée à la Cour d'appel fédérale pour qu'elle soit jugée en conformité avec l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell*, précitée.

[11] Le 17 février 2000, la Cour d'appel fédérale ((2000), 2000 DTC 6174 (C.A.F.)) accueillait l'appel du CP interjeté contre le jugement du 3 juillet 1998 de la Cour canadienne de l'impôt, qui avait confirmé la nouvelle cotisation du ministre à propos de l'emprunt en dollars néo-zélandais, et elle jugeait que le CP aurait aussi gain de cause dans son appel se rapportant à l'emprunt en dollars australiens, à moins que la RGAE

borrowing to Judge Bonner of the Tax Court to make such factual and legal determinations as he considered necessary solely with respect to GAAR. In the July 3, 1998 decision, Judge Bonner had made no finding as to whether the borrowing undertaken by CP of Australian dollars had been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit because he regarded himself as bound by the decision of this Court in *Shell, supra*. However, following the Supreme Court of Canada's decision, a finding on this issue was required.

[12] None of the previous judgments by the Tax Court, the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada had dealt with the issue of GAAR as it applied to CP's borrowing of Australian dollars. The Supreme Court decision in *Shell, supra*, dealt only with the unamended version of GAAR which was applicable to the New Zealand borrowing. CP's New Zealand dollar borrowing was similarly governed by the amended GAAR provision.

REMAINING ISSUE — GAAR

[13] The only transaction in issue now with respect to the GAAR provision is CP's borrowing of Australian dollars. Details of that series of transactions were set out in an agreed statement of facts and are as follows:

(i) The Appellant issued by private placements to a number of different banks and financial institutions, A\$ 260,000,000 aggregate principal amount debentures due on April 21, 1994 with interest payable semi-annually at a rate of 16.125% per annum. The debentures were issued at a 2% premium or A\$ 5,200,000.

(ii) The Appellant entered into a Master Swap Agreement with Morgan Guaranty Trust Company of New York ("Morgan") wherein:

- A. The Appellant exchanged the Australian dollar principal amount for Japanese yen at the spot rate of exchange.
- B. The Appellant entered into a series of forward contracts to purchase Australian dollars using Japanese yen on the interest payment dates and the principal maturity date under the Australian debentures.
- C. The Appellant agreed to swap the Japanese yen proceeds for Canadian dollars at the spot rate on the date

modifiée ne s'y applique. La Cour a donc renvoyé la question de l'emprunt en dollars australiens au juge Bonner, de la Cour de l'impôt, pour qu'il prononce les conclusions de fait et de droit qu'il jugerait nécessaires, uniquement en ce qui concernait la RGAE. Dans le jugement du 3 juillet 1998, le juge Bonner n'avait pas statué sur la question de savoir si l'emprunt contracté par le CP en dollars australiens avait été contracté ou effectué principalement pour des objets véritables et non en vue d'obtenir l'avantage fiscal, parce qu'il se considérait lié par l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Shell*, précitée. Cependant, à la suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, ce point devait être décidé.

[12] Aucune des décisions antérieures de la Cour de l'impôt, de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême du Canada n'avait considéré la question de la RGAE dans la mesure où cette règle s'appliquait à l'emprunt du CP en dollars australiens. L'arrêt *Shell* de la Cour suprême ne concernait que la version non modifiée de la RGAE, qui était applicable à l'emprunt en dollars néo-zélandais. L'emprunt du CP en dollars néo-zélandais était lui aussi régi par la nouvelle RGAE.

QUESTION RESTANTE — LA RGAE

[13] La seule opération en cause maintenant au regard de la RGAE est l'emprunt du CP en dollars australiens. Les détails de cette série d'opérations sont décrits de la manière suivante dans un exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] (i) L'appelante a émis, au moyen de placements privés auprès de diverses banques et institutions financières, des débetures totalisant 260 000 000 \$A, échéance le 21 avril 1994, avec intérêts payables semestriellement au taux de 16,125 % l'an. Les débetures ont été émises à raison d'une prime de 2 %, soit une prime totale de 5 200 000 \$A.

(ii) L'appelante a conclu avec Morgan Guaranty Trust Company of New York (Morgan) un accord cadre de crédit croisé, par lequel:

- A. l'appelante échangeait le principal en dollars australiens pour des yens japonais selon le taux de change au comptant;
- B. l'appelante concluait une série de contrats à terme pour l'achat de dollars australiens avec des yens japonais, aux dates de paiement des intérêts et à la date d'échéance du principal des débetures australiennes;
- C. l'appelante s'engageait à convertir les yens japonais en dollars canadiens selon le cours au comptant à la date

of issue and to exchange Canadian dollar payments for Japanese yen for its obligations under the Japanese yen/Australian dollar forward contracts, and

D. The Appellant entered into an interest rate swap arrangement with Morgan.

[14] The Tax Court Judge found in favour of CP in his reasons dated October 13, 2000 on the ground that, although there was a tax benefit, this was not the primary purpose of the borrowing: (2000), 2000 DTC 2428 (T.C.C.). The borrowing was for capital required in CP's business. The Tax Court Judge also declined to find that there was any abuse of the Act as a whole under subsection 245(4) of the Act.

Issues

[15] Two issues are raised by the appellant in this appeal:

1. Did the Tax Court Judge err in law by holding that the primary purpose for arranging to issue the debentures in Australian currency was other than to obtain a tax benefit?
2. Did the Tax Court Judge err in law by holding that deducting the excess interest did not result directly or indirectly in an abuse having regard to the provisions of the Act as a whole?

Legislation

Income Tax Act (the Act)

20. (1) . . . in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, 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:

...

(e) an amount paid in the year or payable in respect of the year . . . pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy).

...

d'émission et à échanger les paiements en dollars canadiens pour des yens japonais en prévision de ses obligations selon les contrats de change à terme yen japonais/dollar australien, et

D. l'appelante concluait avec Morgan un accord de crédit croisé sur taux d'intérêt.

[14] Dans ses motifs en date du 13 octobre 2000, le juge de la Cour de l'impôt a statué en faveur du CP, au motif que, bien qu'il y eût un avantage fiscal, ce n'était pas là l'objectif premier de l'emprunt: (2000), 2000 DTC 2428 (C.C.I.). L'emprunt visait à financer les activités du CP. Le juge de la Cour de l'impôt a refusé aussi de dire qu'il y avait eu, selon le paragraphe 245(4) de la Loi, un quelconque abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble.

Questions

[15] Deux questions sont soulevées par l'appelante dans cet appel:

1. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'objet premier de l'émission des débetures en monnaie australienne n'était pas d'obtenir un avantage fiscal?
2. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la déduction des intérêts excédentaires n'entraînait pas directement ou indirectement un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble?

Texte législatif

Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi)

20. (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant:

[...]

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur:

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie).

[...]

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

[...]

245. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«opération» Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble — compte non tenu du présent article — n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

Analysis

[16] In a recent decision of this Court, Justice Rothstein, for the majority in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288 (C.A.), outlined in a useful way the steps to be taken in analysing whether or not section 245 applies to a given set of facts. The first step is to determine whether or not the taxpayer has received a tax benefit as a result of the transaction or series of transactions. If a tax benefit has been received, it is next necessary to consider whether there has been an avoidance transaction within the meaning of subsection 245(3). Once it is determined that there is such a tax benefit, any transaction that is part of the series may be found to be an avoidance transaction. If the primary purpose of the transaction or of any transactions in a series is to obtain the tax benefit, then it is an avoidance transaction. This test is an objective one and therefore the focus must be on the relevant facts and circumstances and not on statements as to the intention by the taxpayer. The primary purpose is a question of fact and is to be determined at the time the transaction in question was undertaken. It is not a hindsight assessment to be made on the basis of facts and circumstances that occurred after the transactions were undertaken. Justice Rothstein said at paragraph 58:

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement:

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

Analyse

[16] Dans un arrêt récent de la Cour, *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288 (C.A.), le juge Rothstein, s'exprimant pour la majorité, a décrit utilement les étapes à franchir pour savoir si l'article 245 s'applique ou non à un ensemble donné de faits. Il faut d'abord se demander si le contribuable a ou non reçu un avantage fiscal par suite de l'opération ou de la série d'opérations. Si un avantage fiscal a été reçu, il faut ensuite se demander s'il y a eu opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3). Une fois que l'on conclut à l'existence d'un tel avantage fiscal, toute opération qui fait partie de la série peut être considérée comme une opération d'évitement. Si l'objet premier de l'opération ou des opérations d'une série est d'obtenir l'avantage fiscal, alors il s'agit d'une opération d'évitement. Ce critère est un critère objectif et l'attention doit donc être portée sur les faits et circonstances pertinents et non sur les déclarations d'intention du contribuable. L'objet premier est une question de fait et il doit être déterminé au jour où l'opération en question a eu lieu. Il ne s'agit pas d'une évaluation rétrospective sur la base de faits et circonstances qui se sont produits après que les opérations ont été effectuées. Le juge Rothstein s'est exprimé ainsi, au paragraphe 58:

As a final observation, I would stress that the primary purpose of a transaction will be determined on the facts of each case. In particular, a comparison of the amount of the estimated tax benefit to the estimated business earnings may not be determinative, especially where the estimates of each are close. Further, the nature of the business aspect of the transaction must be carefully considered. The business purpose being primary cannot be ruled out simply because the tax benefit is significant.

[17] If a transaction or series of transactions creates a tax benefit and the primary purpose of any one of those transactions is to obtain a tax benefit, then there is an avoidance transaction. Once it has been established that an avoidance transaction occurred, subsection 245(4) must be considered. This involves determining whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions or the series of transactions would result in a misuse of a specific provision or provisions of the Act. If so, the tax benefit resulting from the series will be denied. If there is no misuse, then it is still necessary to determine whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions or the series of transactions would result in an abuse, having regard to the provisions of the Act other than section 245, read as a whole. If such an abuse is found, the tax benefit resulting from the series will be denied.

[18] In *OSFC, supra*, Justice Rothstein cautioned that, notwithstanding his finding in that case that the avoidance transactions had resulted in an abuse of the provisions of the Act other than GAAR read as a whole (at paragraph 117):

. . . It is important to note that there is no general rule against structuring transactions in a tax effective manner or a requirement that transaction be structured in a manner that maximizes tax.

Justice Rothstein further held that, where there has been strict compliance with the Act, a tax benefit can only be denied, because the avoidance transaction constitutes a misuse or abuse, if the relevant policy contained in the Act is clear and unambiguous.

Tax Benefit

[19] The Tax Court Judge found that there was a tax benefit and CP does not argue against this finding on this

En guise d'observation finale, je soulignerai que l'objet principal d'une opération sera déterminé sur la base des faits de chaque espèce. En particulier, une comparaison du montant de l'avantage fiscal estimatif et du montant estimatif du revenu commercial peut ne pas être déterminante, surtout lorsque ces estimations sont proches. De plus, la nature de cet aspect commercial de l'opération doit être attentivement examinée. On ne peut tout simplement pas statuer que l'objet commercial n'est pas l'objet principal parce que l'avantage fiscal est important.

[17] Si une opération ou une série d'opérations entraîne un avantage fiscal et que l'objet premier de l'une quelconque de ces opérations est d'obtenir un avantage fiscal, alors il y a eu opération d'évitement. Une fois qu'il a été établi qu'une opération d'évitement a eu lieu, le paragraphe 245(4) doit être considéré. Il s'agit alors de déterminer si l'on peut raisonnablement considérer que l'une des opérations d'évitement ou la série d'opérations conduirait à un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi. Dans l'affirmative, l'avantage fiscal résultant de la série sera refusé. S'il n'y a pas eu abus, alors il faut encore déterminer si l'on peut raisonnablement considérer que l'une des opérations d'évitement ou la série d'opérations entraînerait un abus, eu égard aux dispositions de la Loi autres que l'article 245, lues globalement. Si l'on conclut qu'il y a eu abus, alors l'avantage fiscal résultant de la série sera refusé.

[18] Dans l'affaire *OSFC*, précitée, le juge Rothstein a indiqué que, malgré sa conclusion dans cette affaire selon laquelle les opérations d'évitement avaient entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble — compte non tenu de la RGAE (au paragraphe 117):

[. . .] il importe de remarquer qu'il n'existe aucune règle générale interdisant la structuration d'opérations d'une manière fiscalement efficace ni une exigence que des opérations soient structurées d'une manière qui optimalise l'impôt.

Le juge Rothstein a estimé aussi que, lorsqu'il y a eu stricte conformité à la Loi, un avantage fiscal ne peut être refusé, parce que l'opération d'évitement constitue un abus, que si le principe applicable contenu dans la Loi est clair et sans équivoque.

Avantage fiscal

[19] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé qu'il y avait un avantage fiscal, et le CP ne conteste pas cette

appeal. It is clear to me that there was a tax benefit. CP arranged the series of transactions such that increased interest expenses were offset by capital gains. CP reaped two tax benefits by entering into these transactions. First, the interest expenses were deducted from income in earlier tax periods than were the offsetting capital gains included in income, thereby deferring taxable income and hence tax liability. Second, because capital gains are taxed at a lower rate than interest expenses are deductible, CP was able to reduce its taxable income and thereby reduce its tax liability.¹

Primary purpose

[20] Section 245 excludes from the definition of avoidance transactions those transactions which “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit”. It was the appellant’s argument on this appeal that the Court must pay particular attention to the manner in which CP arranged its borrowing. Specifically, the Court must have regard to the fact the only purpose for the more costly Australian borrowing was to obtain a tax benefit. The appellant then argued that subsection 245(3) states that, if any one transaction or event taken in a series of transactions was not carried out primarily for *bona fide* non-tax purposes, that transaction or event in itself will constitute an avoidance transaction.

[21] The appellant argued that CP’s act of denominating the debentures in Australian dollars was in and of itself a transaction. The appellant relied on the definition of “transaction” in subsection 245(1) as including “an arrangement or event”, to argue that the designation of Australian dollars in the debenture amounted to an arrangement.

[22] The appellant then argued that the “separate transaction”, namely the designation of borrowing in Australian dollars, was entered into solely for tax purposes. The appellant relies for this upon the statement of the Tax Court Judge as follows in paragraph 12 of his reasons:

conclusion dans le présent appel. Il est clair, à mon sens, qu’il y a eu un avantage fiscal. Le CP a organisé la série d’opérations de telle sorte que les intérêts débiteurs excédentaires étaient compensés par des gains en capital. Le CP a récolté deux avantages fiscaux en concluant ces opérations. D’abord, les intérêts débiteurs ont été déduits du revenu au cours de périodes fiscales plus immédiates que celles où les gains en capital compensatoires ont été inclus dans le revenu, reportant ainsi le revenu imposable et donc l’assujettissement à l’impôt. Deuxièmement, comme les gains en capital sont imposés à un taux inférieur à celui auquel les intérêts débiteurs sont déductibles, le CP a pu réduire son revenu imposable et par conséquent réduire son assujettissement à l’impôt¹.

Objet principal

[20] L’article 245 exclut de la définition de «opération d’évitement» l’opération dont il est «raisonnable de considérer [qu’elle] est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable». L’appelante a fait valoir dans le présent appel que la Cour doit accorder une attention particulière à la manière dont le CP a contracté son emprunt. Plus précisément, la Cour doit prendre en compte que le seul objet de l’emprunt plus onéreux en dollars australiens était d’obtenir un avantage fiscal. L’appelante a ensuite avancé que, selon le paragraphe 245(3), si une opération quelconque comprise dans une série d’opérations n’a pas été principalement effectuée pour des objets non fiscaux véritables, cette opération en elle-même constituera une opération d’évitement.

[21] L’appelante a fait valoir que la décision du CP de libeller les débentures en dollars australiens était en tant que telle une opération. Elle s’est fondée sur la définition de «opération», au paragraphe 245(1), qui comprend «une convention, un mécanisme ou un événement», pour soutenir que l’indication de dollars australiens dans les débentures équivalait à une convention ou à un mécanisme.

[22] L’appelante a ensuite soutenu que l’«opération distincte», à savoir le fait de libeller l’emprunt en dollars australiens, n’a été effectuée qu’à des fins fiscales. Au soutien de cette affirmation, elle se fonde sur les propos du juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 12 de ses motifs:

. . . a direct borrowing of [Canadian dollars] is what the Appellant could have done and, in my opinion, would, but for tax reasons, have done.

The appellant therefore says that since this “separate transaction” was undertaken solely for tax reasons, it is therefore an avoidance transaction, and, subject to further analysis under subsection 245(4), falls within section 245.

[23] In my opinion, this approach is flawed. I do not believe that it is possible to separate the currency of the borrowed funds from the borrowing itself so as to make the denomination of the borrowing a discrete transaction in and of itself. It is the borrowing which is the transaction, not the denomination of the currency. The foreign currency is the very thing that CP borrowed under the debentures and without those Australian dollars the lenders could not have provided CP with the money that is the subject-matter of the contract.

[24] By the definition in subsection 245(2) a transaction includes an arrangement or event. Thus the definition of transaction is extended to include circumstances that would not strictly be considered to be a transaction within the normal meaning of that term. However, that extended definition cannot be interpreted to justify taking apart a transaction in order to isolate its business and tax purposes. The necessity to determine primary purpose implies that there is more than one purpose and that the transaction is to be considered as a whole.

[25] The implication of the Crown’s argument, if accepted, would have consequences which Parliament did not intend. If this argument was correct, the Crown could allege that the tax planning component of any transaction amounted to an event or arrangement constituting a “separate transaction”. Because it was undertaken for purely tax purposes, the “separate transaction” would be an avoidance transaction. In other words, any action taken to obtain a tax benefit would be an avoidance transaction and there would never be an occasion to determine the primary purpose of a transaction. The Crown’s argument would make the use of the word “primarily” in subsection 245(3) redundant.

[. . .] un emprunt direct fait en dollars canadiens est ce que l’appelante aurait pu faire et, à mon avis, ce qu’elle aurait, sans motif fiscal, fait.

L’appelante affirme par conséquent que, puisque cette «opération distincte» n’a été effectuée que pour des raisons fiscales, il s’agit d’une opération d’évitement et, sous réserve d’une analyse plus complète selon le paragraphe 245(4), elle relève de l’article 245.

[23] À mon avis, cette manière de voir comporte un défaut. Je ne crois pas qu’il soit possible de faire une distinction entre la monnaie des fonds empruntés et l’emprunt lui-même de telle sorte que le choix de la monnaie dans laquelle l’emprunt est libellé devienne lui-même une opération. C’est l’emprunt qui est l’opération, non le choix de la monnaie dans laquelle il est libellé. La monnaie étrangère est la chose elle-même que le CP a empruntée en émettant les débentures et, sans ces dollars australiens, les prêteurs n’auraient pu fournir au CP l’argent qui fait l’objet du contrat.

[24] De par la définition donnée dans le paragraphe 245(2), une convention, un mécanisme ou un événement sont assimilés à une opération. Ainsi, la définition de «opération» est élargie pour englober des circonstances qui ne seraient pas strictement considérées comme une opération au sens ordinaire de ce mot. Cependant, cette définition élargie ne peut être interprétée de manière à justifier la division d’une opération afin d’isoler ses objets commerciaux et ses objets fiscaux. La nécessité de déterminer l’objet principal implique qu’il y a plus d’un objet et que l’opération doit être considérée comme un tout.

[25] Si l’argument de la Couronne était accepté, il aurait des conséquences que le législateur n’avait pas à l’esprit. Si cet argument était probant, la Couronne pourrait affirmer que l’élément «planification fiscale» d’une opération équivalait à une convention, à un mécanisme ou à un événement constituant une «opération distincte». Parce qu’elle a été effectuée à des fins purement fiscales, l’«opération distincte» serait une opération d’évitement. Autrement dit, toute mesure prise pour engendrer un avantage fiscal serait une opération d’évitement et il ne serait jamais possible de déterminer l’objet premier d’une opération. L’argument de la Couronne rendrait superflu l’emploi du mot «principalement», au paragraphe 245(3).

[26] The words of the Act require consideration of a transaction in its entirety and it is not open to the Crown artificially to split off various aspects of it in order to create an avoidance transaction. In the present case, the Australian dollar borrowing was one complete transaction and cannot be separated into two transactions by labelling the designation in Australian dollars as a separate transaction.

[27] The Tax Court Judge found as a matter of fact that the primary purpose of this Australian dollar borrowing transaction was for business purposes. He said at paragraph 8:

In my view the Appellant must succeed because the A\$ borrowing and the series of transactions of which it formed a part may reasonably be considered to have been arranged primarily to raise capital and that was, within the meaning of s. 245(3), a *bona fide* (business) purpose which was not tax driven.

He said further at paragraph 15:

The transactions which the Respondent says constitute the series were, when viewed objectively, inextricably linked as elements of a process primarily intended to produce the borrowed capital which the Appellant required for business purposes. The capital was produced and it was so used. No transaction forming part of the series can be viewed as having been arranged for a purpose which differs from the overall purpose of the series. The evidence simply does not support the Respondent's position. Accordingly none of the transactions on which the Respondent relies was an avoidance transaction within the meaning of s. 245(3). [Emphasis added.]

[28] Since it is not alleged that the Tax Court Judge applied the wrong legal test to determine CP's primary purpose, his finding that CP's primary purpose was not to minimize tax cannot be reversed by this Court unless the appellant can establish that the Tax Court Judge made a palpable or overriding error that affected his assessment of evidence such that his finding of fact was clearly wrong. I am unable to conclude that there was any such palpable or overriding error.

Misuse or abuse—subsection 245(4)

[29] The above conclusion is sufficient to dispose of this appeal. However, since the issue was argued fully by

[26] Le libellé de la Loi requiert l'examen d'une opération dans son intégralité et il n'est pas loisible à la Couronne d'en détacher artificiellement les divers aspects afin de produire une opération d'évitement. En l'espèce, l'emprunt en dollars australiens était une opération complète, qu'il est impossible de séparer en deux opérations pour ensuite appeler «opération distincte» l'action de libeller cet emprunt en dollars australiens.

[27] Le juge de la Cour de l'impôt a d'ailleurs trouvé que l'objet premier de cette opération d'emprunt en dollars australiens était un objet commercial. Il s'est exprimé ainsi, au paragraphe 8:

À mon avis, l'appelante doit obtenir gain de cause parce que l'emprunt fait en dollars australiens et la série d'opérations dont il faisait partie peuvent raisonnablement être considérés avoir été effectués principalement afin de réunir des capitaux et cela constituait, au sens du paragraphe 245(3), un objet (commercial) véritable qui n'était pas motivé par un objectif fiscal.

Puis, au paragraphe 15:

Les opérations qui composent, selon l'intimée, la série sont, lorsque envisagées objectivement, inextricablement liées comme des éléments d'un processus visant principalement à produire le capital emprunté dont l'appelante avait besoin à des fins commerciales. Le capital a été obtenu et il a ainsi été utilisé. Aucune des opérations faisant partie de la série ne peut être considérée comme ayant été organisée pour un objet qui diffère de l'objectif global de la série. La preuve ne soutient tout simplement pas la position de l'intimée. En conséquence, aucune des opérations que l'intimée invoque ne constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3). [Non souligné dans l'original.]

[28] Puisqu'il n'est pas allégué que le juge de la Cour de l'impôt a appliqué le mauvais critère juridique pour déterminer l'objet principal du CP, sa conclusion selon laquelle l'objet principal du CP n'était pas de minimiser l'impôt ne peut être annulée par la Cour fédérale à moins que l'appelante ne prouve qu'il a commis une erreur manifeste ou fatale qui a nui à son appréciation de la preuve au point de rendre manifestement erronée sa conclusion. Il m'est impossible de dire qu'il a commis cette erreur manifeste ou fatale.

Abus—paragraphe 245(4)

[29] La conclusion ci-dessus suffit à disposer du présent appel. Cependant, puisque la question a été

counsel, I shall consider whether the borrowing was an abuse of the Act as a whole. The thrust of the appellant's argument is that there was an abuse of the provisions of the Act read as a whole because the borrowing was structured so as to result in the deduction of Canadian dollar principal payments, which is contrary to the policy in the Act prohibiting the deduction of principal in the form of interest.

[30] The appellant takes the position that the payments which were labelled interest under the debenture were in actuality made up of partial payments of principal plus interest. This involves taking the capital gain which occurred at the end of the five-year period under the debenture and applying it to the periodic interest payments so that there was in effect a deduction from each interest payment representing part of the amount of a capital gain which was in fact only obtained at the end of a five-year period. The premise of the appellant is that the payments made under the debenture were in reality payments in part of principal. However, the premise is wrong. The debenture agreement labels them as payments of interest. Clause 3.01 of the debenture provides that interest will be payable semi-annually in Australian dollars based on the face of the amount of the debenture. The principal amount of the debenture is to be paid five years from the date of the debenture and clause 7.01 of the document provides "this debenture is not subject to pre-payment or redemption in whole or in part prior to the stated maturity date". Thus on its face, the document absolutely prohibits pre-payment of principal. There is no evidence that the parties, who were at arm's length, considered that the payments which were labelled as being interest were in fact principal, as this would fly in the face of the specific terms of the document itself. There is no authority which permits the Court to ignore the nature of the relationship between CP and the lender and, in effect, to rewrite the terms of their agreement.

[31] The Tax Court Judge found that there was no abuse of the Act as a whole. He said at paragraph 16:

In my view the Minister put the cart before the horse when, as already explained, he attempted to recharacterize events by

consciencieusement plaidée par les avocats, je vais examiner si l'emprunt constituait un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble. Le fond de l'argument de l'appelante, c'est qu'il y a eu un tel abus parce que l'emprunt était structuré de manière à entraîner la déduction des remboursements de principal en dollars canadiens, et cela au mépris de l'économie de la Loi, qui est d'interdire la déduction du principal comme s'il s'agissait d'intérêts.

[30] L'appelante est d'avis que les remboursements qui étaient appelés «intérêts» dans la débenture étaient en réalité des remboursements partiels de principal plus les intérêts. Il suffit pour cela de prendre le gain en capital qui a été constaté à la fin de la période de cinq ans prévue par la débenture et de l'appliquer aux tranches périodiques d'intérêts de telle sorte que soit déduite de chaque tranche d'intérêts une partie d'un gain en capital qui en réalité n'a été constaté qu'à la fin d'une période de cinq ans. Le principe que pose l'appelante est que les versements effectués en vertu de la débenture étaient en réalité des remboursements partiels de principal. Cependant, c'est un faux principe. L'accord de débenture les appelle «versements d'intérêts». La clause 3.01 de l'accord stipule que les intérêts seront payables semestriellement en dollars australiens sur la valeur nominale de la débenture. Le principal de la débenture doit être remboursé cinq ans après la date de la débenture, et la clause 7.01 du document prévoit que [TRADUCTION] «cette débenture n'est pas sujette à remboursement ou rachat préalable, en totalité ou en partie, avant la date d'échéance indiquée». Ainsi, à première vue, le document interdit absolument le remboursement anticipé du principal. Il n'est nullement établi que les parties, qui n'avaient aucun lien de dépendance, considéraient que les versements qu'elles appelaient «intérêts» étaient en réalité du principal, puisque cela irait à l'encontre des dispositions du document lui-même. La Cour n'a pas le loisir d'ignorer la nature de la relation entre le CP et le prêteur, ni d'ailleurs de reformuler les termes de leur entente.

[31] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé qu'il n'y avait pas eu abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble. Il s'est exprimé ainsi, au paragraphe 16:

À mon avis, le ministre a placé la charrue avant les bœufs lorsqu'il a, comme on l'a expliqué, tenté de qualifier autrement

asserting that issuing the debt in A\$ was an abuse of the Act as a whole because it converted non-deductible Canadian principal repayments to a deductible expense. That, I repeat, is not what happened. The Appellant seeks to deduct the interest expense payable pursuant to the A\$ debentures. In respect of the virtually identical transaction considered in *Shell (supra)* McLachlin J. (as she then was) stated at page 649:

Allowing Shell to deduct its interest payments at the actual rate that was paid to the foreign lenders in exchange for the NZ\$150 million that was then used for the purpose of producing income is not contrary to the object and spirit of s. 20(1)(c)(i). To the contrary, it fulfills its purpose.

[32] In *Shell, supra*, the Supreme Court considered a similar transaction and rejected a similar argument made on the part of the Minister. Justice McLachlin (as she then was) wrote at paragraph 30:

Shell had a legal obligation to make the semi-annual payments to the foreign lenders under the Debenture Agreements. Those semi-annual payments constituted “interest”. . . . As between Shell and the foreign lenders, there is no indication that the semi-annual payments were anything but consideration for the use, for five years, of the NZ\$ 150 million that Shell borrowed. It was not a synthesized US\$ loan from the foreign lenders to Shell: Shell actually received the NZ\$ 150 million from the foreign lenders under the Debenture Agreements and paid real interest in consideration for its use.

And later wrote at paragraph 39:

. . . this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer’s *bona fide* legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer’s legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect.

And later, wrote at paragraph 41:

It is my respectful view that by paying insufficient attention to these very important principles, the Minister and the Federal

les événements en affirmant que l’émission d’un titre de créance en dollars australiens constituait un abus dans l’application de la Loi dans son ensemble parce que cela convertissait des remboursements de principal canadiens non déductibles en une dépense déductible. Cela, je le répète, n’est pas ce qui s’est produit. L’appelante cherche à déduire les frais d’intérêts payables en vertu d’obligations non garanties émises en dollars australiens. Pour ce qui est de l’opération presque identique examinée dans l’affaire *Shell* (précitée), Madame le juge McLachlin (tel était alors son titre) a déclaré à la page 649:

Permettre à Shell de déduire les intérêts payés au taux exigé par les prêteurs étrangers en contrepartie des 150 000 000 \$NZ, qui ont ensuite été utilisés pour produire un revenu, ne va pas à l’encontre de l’objet et l’esprit du sous-al. 20(1)c)(i), bien au contraire.

[32] Dans l’arrêt *Shell*, précité, la Cour suprême a examiné une opération semblable et rejeté un argument semblable avancé au nom du ministre. Le juge McLachlin (sa fonction à l’époque) écrivait, au paragraphe 30:

Shell avait l’obligation légale de faire des versements semestriels aux prêteurs étrangers suivant les contrats d’achat de débetures. Ces versements semestriels constituaient des «intérêts» [. . .] Dans les rapports entre Shell et les prêteurs étrangers, rien n’indique que les versements semestriels correspondaient à autre chose qu’à la contrepartie fournie pour l’utilisation, pendant cinq ans, des 150 millions de dollars néo-zélandais que Shell avait empruntés. Il ne s’agissait pas d’un prêt artificiel de dollars américains consenti par les prêteurs étrangers à Shell, cette dernière ayant effectivement touché 150 millions de dollars néo-zélandais en application des contrats d’achat de débetures et ayant véritablement payé des intérêts en contrepartie de leur utilisation.

Et, plus loin, au paragraphe 39:

[. . .] notre Cour n’a jamais statué que la réalité économique d’une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu’en l’absence d’une disposition expresse contraire de la Loi ou d’une conclusion selon laquelle l’opération en cause est un trompe-l’œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n’est possible que lorsque la désignation de l’opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables.

Puis, plus loin, au paragraphe 41:

Parce qu’ils n’ont pas suffisamment tenu compte de ces principes très importants, j’estime avec égards que le ministre

Court of Appeal fell into error. First, the Federal Court of Appeal effectively recharacterized for tax purposes Shell's legal relationship with the foreign lenders. Indeed, Linden J.A. held that, when the Forward Exchange Contract between Shell and Sumitomo was considered alongside the Debenture Agreements between Shell and the foreign lenders, "[t]he higher interest rate coupled with the discounted forward rate created a blended payment of interest and principal" (para. 58). With respect, this ignores the actual relationship between Shell and the foreign lenders, a relationship to which Sumitomo was not a party. As between Shell and the foreign lenders, the semi-annual payments were entirely "interest", paid in consideration for the loan of NZ\$ 150 million. That characterization cannot be changed by whatever other legal relationship Shell may have concluded with third parties, or indeed by anything that Shell did with the borrowed funds after receiving them from foreign lenders. [Emphasis added.]

[33] This does not mean a recharacterization cannot occur. A recharacterization of a transaction is expressly permitted under section 245, but only after it has been established that there has been an avoidance transaction and that there would otherwise be a misuse or abuse. A transaction cannot be portrayed as something which it is not, nor can it be recharacterized in order to make it an avoidance transaction.

[34] The Minister's argument as to the abuse of the Act as a whole must fail because it depends upon recharacterizing the interest payments as capital payments. It is therefore unnecessary to comment on his argument as to the policy of the Act.

CONCLUSION

[35] For the above reasons, I would dismiss this appeal with costs.

STRAYER J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

¹ A hypothetical example may clarify the tax benefits. Assume that a company, X, entered into a series of transactions similar to those into which CP entered. From these transactions, X incurred \$100 of interest expense in 1990 and reaped \$100 of offsetting capital gains in 1995. The first

et la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur. Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale a en effet requalifié, aux fins de l'impôt, la relation juridique établie par Shell avec les prêteurs étrangers. Le juge Linden a conclu que si le contrat de change à terme liant Shell et Sumitomo était considéré de pair avec les contrats d'achat de débetures conclus par Shell et les prêteurs étrangers, «[l]e taux d'intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal» (par. 58). Avec égard, cette conclusion fait fi de la véritable relation créée entre Shell et les prêteurs étrangers, une relation à laquelle Sumitomo était étrangère. Dans le contexte de la relation entre Shell et les prêteurs étrangers, la totalité des versements semestriels étaient des «intérêts» payés en contrepartie du prêt de 150 millions de dollars néo-zélandais. Cette qualification ne saurait être modifiée par les autres rapports juridiques que Shell a pu établir avec des tiers ni par son utilisation des fonds empruntés qu'elle a obtenus des prêteurs étrangers. [Non souligné dans l'original.]

[33] Cela ne signifie pas qu'il ne peut y avoir nouvelle qualification. La nouvelle qualification d'une opération est expressément autorisée par l'article 245, mais uniquement après qu'il a été établi qu'il y a eu opération d'évitement et qu'il y aurait par ailleurs abus. Une opération ne peut être définie comme quelque chose qu'elle n'est pas, et elle ne peut non plus être requalifiée de manière à devenir une opération d'évitement.

[34] L'argument du ministre selon lequel il y a eu abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble n'est pas recevable parce qu'il implique une requalification des versements d'intérêts en remboursements de principal. Il est donc inutile de s'étendre sur son argument concernant l'économie de la Loi.

CONCLUSION

[35] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le présent appel, avec dépens.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: J'y souscris.

¹ Un exemple hypothétique permettra de comprendre les avantages fiscaux. Supposons qu'une société, X, a conclu une série d'opérations semblables à celles que le CP a conclues. À la suite de ces opérations, X a supporté 100 \$ d'intérêts débiteurs en 1990 et a recueilli 100 \$ de gains en capital

benefit is that X's income is reduced in 1990 while the offsetting capital gains are not recognized until 1995, which defers the incidence of tax. Assume that interest expense is deductible from income at 100% whereas only 75% of capital gains are included in income. The second benefit is that the interest expense of \$100 will be fully deductible from income whereas, of the \$100 of capital gains, only \$75 of taxable capital gains will be added to income. Therefore, the transactions will create a net loss of \$25 for tax purposes although no economic loss occurred. This \$25 loss, being deductible from X's other income, will reduce X's tax liability.

compensatoires en 1995. Le premier avantage est que le revenu de X est réduit en 1990, alors que les gains en capital compensatoires ne sont constatés qu'en 1995, ce qui reporte l'incidence de l'impôt. Présumons que les intérêts débiteurs sont déductibles intégralement du revenu alors que seulement 75 % des gains en capital sont inclus dans le revenu. Le deuxième avantage est que les intérêts débiteurs de 100 \$ seront pleinement déductibles du revenu alors que, sur les 100 \$ de gains en capital, seulement 75 \$ de gains en capital imposables seront ajoutés au revenu. Par conséquent, les opérations entraîneront une perte nette de 25 \$ sur le plan de l'impôt, même si aucune perte économique n'a eu lieu. Cette perte de 25 \$, déductible des autres revenus de X, réduira l'assujettissement de X à l'impôt.

A-583-00
2001 FCA 391

A-583-00
2001 CAF 391

Imperial Oil Limited (*Appellant*) (*Plaintiff in the Trial Division*)

Imperial Oil Limited (*appelante*) (*demanderesse devant la Section de première instance*)

v.

c.

Petromar Inc. and Petromar Marketing Inc. (*Respondents*) (*Defendants in the Trial Division*)

Petromar Inc. et Petromar Marketing Inc. (*intimées*) (*défenderesses devant la Section de première instance*)

INDEXED AS: IMPERIAL OIL LTD. v. PETROMAR INC. (C.A.)

RÉPERTORIÉ : IMPERIAL OIL LTD. c. PETROMAR INC. (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Décary and Rothstein JJ.A.—
Ottawa, November 14 and December 14, 2001.

Cour d'appel, juges Stone, Décary et Rothstein, J.C.A.—
Ottawa, 14 novembre et 14 décembre 2001.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Supply of marine lubricants in Canada to Canadian registered ships not giving rise to maritime lien under American maritime law, but merely to statutory right in rem under Canadian maritime law — Nature of maritime lien — Closest and most substantial connection test applied — Considering all connecting factors, Canadian law applicable, no maritime lien herein.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — La fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à des navires immatriculés au Canada ne donne pas lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis, mais simplement à un droit réel d'origine législative en vertu du droit maritime canadien — Nature du privilège maritime — Application du critère du lien le plus étroit et le plus important — Compte tenu de l'ensemble des facteurs de rattachement, la loi applicable est celle du Canada et aucun privilège maritime n'existe en l'espèce.

Conflict of Laws — Supply of marine lubricants in Canada to Canadian registered ships not giving rise to maritime lien under American maritime law, but merely to statutory right in rem under Canadian maritime law — Nature of maritime lien — No Canadian case law in which proper law of maritime lien determined — Castel's Canadian Conflict of Laws referred to — Closest and most substantial connection test applied — USSC decisions entitled to greatest respect — Fraser Shipyard v. Expedient Maritime Co. not determinative of choice of law issue — Need to accommodate legitimate state interests to be kept in mind in weighing and assessing various connecting factors — Considering all connecting factors, Canadian law applicable, no maritime lien herein.

Conflit de lois — La fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à des navires immatriculés au Canada ne donne pas lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis, mais simplement à un droit réel d'origine législative en vertu du droit maritime canadien — Nature du privilège maritime — Il n'existe aucune décision canadienne dans laquelle les règles de droit régissant le privilège maritime ont été énoncées — Renvoi à l'ouvrage de Castel intitulé Canadian Conflicts of Laws — Application du critère du lien le plus étroit et le plus important — Les décisions de la Cour suprême des États-Unis méritent le plus grand respect — La question du choix de la loi n'a pas été réglée dans l'arrêt Fraser Shipyard c. Expedient Maritime Co. — Il faut tenir compte de la nécessité d'accommoder les intérêts légitimes des États au moment de soupeser et d'évaluer les différents facteurs de rattachement — Compte tenu de l'ensemble des facteurs de rattachement, la loi applicable est celle du Canada et aucun privilège maritime n'existe en l'espèce.

The issue was whether, having regard to Canadian conflict of laws rules, the supply of marine lubricants in Canada to two Canadian-registered vessels pursuant to an arrangement made by their manager with corporations in the United States, gave rise to a maritime lien under the maritime law of the United States or, instead, to a statutory right *in rem* against the vessels under Canadian maritime law. As a maritime lienholder under the American law, the supplier is entitled to rank above non-maritime lienholders and others including mortgagees. In Canada, by contrast, the supplier of a vessel ranks well down

La question à trancher est de savoir si, compte tenu des règles canadiennes portant sur les conflits de lois, la fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à deux navires immatriculés au Canada conformément à un accord que le gestionnaire de ceux-ci a conclu avec des sociétés américaines a donné lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis ou plutôt à un droit réel d'origine législative à l'encontre des navires en vertu du droit maritime canadien. En qualité de titulaire d'un privilège maritime en vertu du droit américain, le fournisseur peut prendre rang avant les titulaires d'un privilège

the scale of priorities as compared with maritime lienholders.

In the Trial Division, the appellant sought a declaration that the respondents have no maritime lien against the vessels under the law of the United States. Presumably, this was in order to prevent an anticipated arrest of the vessels in Canada by Petromar Inc. to enforce a maritime lien created by American law for unpaid marine lubricants supplied to the vessels in Canada. The Trial Judge determined that the transactions were governed by the maritime law of the United States and, accordingly, that Petromar was entitled to a maritime lien. To resolve the conflict of laws, the Trial Judge applied the test of which jurisdiction did the transactions have “the closest and most substantial connection” to? He turned for guidance to American case law enumerating various connecting factors to be weighed and assessed, especially the leading United States Supreme Court decision of *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) which set out seven connecting factors to be considered in determining whether liability for an injury sustained by a seaman on board a Danish ship in Cuban waters should be governed by the U.S. *Jones Act* or by some foreign system of laws. In applying that case, the Trial Judge identified some 11 factual elements of the present case. He also relied on the case Federal Court, Trial Division case of *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (“*Atlantis Two*”), which he viewed as determinative.

Imperial Oil argued that the Judge below fell into error in considering the *Atlantis Two* as determinative and that he had misinterpreted it. Furthermore, it was argued that the Judge had failed to assign any weight to those factors linking the transaction to Canada.

The maritime lien, as currently understood in Canada, goes back to the classic judgment in *Harmer v. Bell — The Bold Buccleugh* (1851), 7 Moo. 267; 13 E.R. 884 (P.C.). It is apparent that a maritime lien constitutes a bundle of rights rather than a single right. In both England and Canada, a necessities supplier is not entitled to a maritime lien but only to a statutory right *in rem* or a “statutory lien”: *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.).

As to the conflict of laws issues, no Canadian case law was drawn to the Court’s attention in which the proper law of a maritime lien was determined. Reference was made to Castel’s

non maritime et d’autres créanciers, y compris les créanciers hypothécaires. En revanche, au Canada, le fournisseur qui approvisionne un navire occupe un rang bien inférieur à celui des titulaires d’un privilège maritime.

Devant la Section de première instance, l’appelante a demandé une déclaration portant que les intimées n’ont aucun privilège maritime contre les navires en vertu du droit des États-Unis. L’action visait probablement à empêcher Petromar de faire arraisonner les navires au Canada afin d’exercer un privilège maritime découlant du droit américain à l’égard des lubrifiants maritimes impayés qui ont été fournis aux navires au Canada. Le juge de première instance a statué que les transactions étaient régies par le droit maritime des États-Unis et que, par conséquent, Petromar avait droit à un privilège maritime. Pour régler la question du conflit de lois, le juge de première instance a appliqué le critère de la question de savoir quel était le ressort avec lequel les transactions avaient «le lien le plus étroit et le plus important». Il a examiné certaines décisions américaines dans lesquelles différents facteurs à soulever et à évaluer ont été énumérés, notamment l’arrêt clé *Lauritzen c. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953), dans lequel sont énoncés sept facteurs de rattachement à prendre en compte pour décider si la responsabilité relative au préjudice qu’avait subi un marin à bord d’un navire danois qui se trouvait dans les eaux cubaines devrait être régie par la *Jones Act* américaine ou par un régime de droit étranger. Appliquant ce jugement, le juge de première instance a énuméré 11 différents éléments de fait tirés de la situation en cause. Il s’est également fondé sur la décision qu’a rendue la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.* («*Atlantis Two*») où, selon lui, la question a été réglée.

Imperial Oil a soutenu que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a dit que la question avait été réglée dans les décisions rendues dans l’affaire *Le navire Atlantis Two* et qu’il avait mal interprété la décision du protonotaire. De plus, elle a fait valoir que le juge de première instance n’avait pas accordé la moindre importance aux nombreux facteurs rattachant les transactions au Canada.

Le privilège maritime, au sens où il est compris aujourd’hui en droit maritime canadien, remonte à l’arrêt classique *Harmer v. Bell — The Bold Buccleugh* (1851), 7 Moo. 267; 13 E.R. 884 (P.C.). Il est évident qu’un privilège maritime constitue non pas un seul droit, mais plutôt un ensemble de droits. Tant en Angleterre qu’au Canada, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires ne peut invoquer un privilège maritime, mais uniquement un droit réel d’origine législative ou un «privilège d’origine législative»: *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.).

En ce qui a trait aux questions touchant les conflits de lois, aucune décision canadienne dans laquelle les règles de droit régissant le privilège maritime ont été énoncées n’a été portée

Canadian Conflict of Laws and to the opinion of Ritchie J. in *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443: where the parties have not expressed a choice as to the proper law and no such choice can be inferred, the proper law of their contract is the system of law with which the transaction has the closest and most substantial connection. The Trial Judge was correct in selecting that test. Moreover, such an approach is favoured by maritime conflict of laws authors Tetley and Cheshire. Nor was it wrong to consider the factors suggested in *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953). While not binding, decisions of the United States Supreme Court are entitled to the greatest respect.

The present case is not to be confused with the long line of Canadian cases to the general effect that a maritime lien created by the law of the United States for necessities furnished or supplied to a vessel in that country will be recognized and enforced in an action *in rem* in Canada. These cases stand in stark contrast to the decision of the Privy Council in *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (P.C.) which held that the proper law of a contract for repairs to a ship is the law of England where the action was commenced and not the law of the United States where the repairs were made. Counsel for Imperial Oil quite properly points out that nowhere in the *Atlantis Two* decisions was an attempt made to determine the choice of law issues. Instead, the Court appears to have rested its decisions on the expert evidence adduced without first considering whether the rights of the claimants were to be determined according to the substantive law of the United States or of some other country. Accordingly, *Atlantis Two* could not be viewed as determinative of the choice of law issue. The need to accommodate legitimate state interests had to be kept in mind in weighing and assessing the various connecting factors.

The appellant was not a party to the contracts for the supply of the marine lubricants to the vessels. The lubricants were supplied at Montréal and Sarnia. It would be unwise to single out one factor (place of supply) as controlling but, rather, all connecting factors should be considered and evaluated in order for legitimate state interests to be accommodated. However, in the present case, the places of delivery in Canada should be accorded somewhat greater weight when viewed in the context of the several other factors connecting the transactions to Canada. The American contracts were not the most significant factor herein.

à l'attention de la Cour. L'ouvrage de Castel intitulé *Canadian Conflicts of Laws* a été cité ainsi que les commentaires que le juge Ritchie a formulés dans l'arrêt *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, selon lesquels lorsque les parties n'ont exprimé aucun choix au sujet de la loi applicable et qu'aucun choix de cette nature ne peut être déduit, la loi applicable à leur contrat est celle du régime du droit avec lequel la transaction a le lien le plus étroit et le plus réel. Le juge de première instance a eu raison d'appliquer ce critère. De plus, cette interprétation est celle que privilégient Tetley et Cheshire, les auteurs d'ouvrages portant sur les conflits de lois dans le domaine maritime. Le juge de première instance a également eu raison de tenir compte des facteurs énumérés dans l'arrêt *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953). Même si les décisions de la Cour suprême des États-Unis ne lient pas les tribunaux du Canada, elles méritent le plus grand respect.

Il ne faut pas confondre la présente affaire avec une longue série de décisions canadiennes portant généralement que le privilège maritime créé par la loi des États-Unis à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis à un navire dans ce pays sera reconnu et exercé dans une action réelle au Canada. Ces décisions vont tout à fait à l'encontre de l'arrêt *Bankers Trust International Limited v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (P.C.), où le Conseil privé a statué que la loi applicable à un contrat relatif à l'exécution de travaux de réparation d'un navire est la loi de l'Angleterre, où l'action avait été engagée, et non celle des États-Unis, où les réparations avaient été faites. L'avocat d'Imperial Oil souligne à juste titre que la question du choix de la loi applicable n'a nullement été examinée dans les décisions rendues dans l'affaire *Atlantis Two*. La Cour semble plutôt s'être fondée sur le témoignage d'expert présenté sans d'abord se demander si les droits des demandeurs devaient être tranchés selon le droit positif des États-Unis ou celui d'un autre pays. Par conséquent, la question du choix de la loi ne peut être considérée comme ayant été réglée par l'arrêt *Atlantis Two*. Il faut tenir compte de la nécessité d'accommoder les intérêts légitimes des États au moment de soupeser et d'évaluer les différents facteurs de rattachement.

L'appelante n'était pas partie aux contrats relatifs à la fourniture de lubrifiants maritimes aux navires, lesquels ont été fournis à Montréal et à Sarnia. Il serait peu judicieux de retenir un seul facteur (lieu de livraison); il importe plutôt d'examiner et d'évaluer tous les facteurs de rattachement afin d'accommoder les intérêts légitimes des États. Cependant, dans la présente affaire, il y a lieu d'accorder une plus grande importance aux endroits où les produits ont été livrés au Canada, compte tenu des différents autres facteurs rattachant les transactions au Canada. Les contrats américains ne représentaient pas le facteur le plus important en l'espèce.

The factors linking the transaction to Canada included vessel registration, flag, ownership, possession in Canada by demise charterer, operation of the vessels from a base in Montréal, and actual supply of the lubricants in Canada. Among these factors, the one deserving of significant weight was the fact that the operations of Socanav, the demise charterer, were based in Canada at the time the marine lubricants were supplied and it was Canada, where the vessels traded and were based, that was most economically benefited by the lubricants. However, the base of operations factor was not considered and weighed by the Trial Judge. Since the Canadian maritime law was applicable, Petromar did not have a maritime lien.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 2 “home-trade voyage”.

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 31301—31343 (1994).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2), 43(3).

Jones Act, 46 U.S.C. § 688 (1953).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Harmer v. Bell — The Bold Buccleugh (1851), 7 Moo. 267; 13 E.R. 884 (P.C.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Goodwin Johnson v. The Ship (Scow) A.T. & B. No. 28*, [1954] S.C.R. 513; [1954] 4 D.L.R. 1; *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 12; *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Larocque*, [1942] S.C.R. 205; [1942] 2 D.L.R. 273; (1942), 9 I.L.R. 150; *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (P.C.); *Hellenic Lines Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306 (1970); *Gulf Trading & Transp. Co. v. M/V Tento*, 694 F.2d 1191 (9th Cir. 1982), *certiorari* denied 103 S. Ct. 2091 (1983); *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180.

DISTINGUISHED:

Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co. (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime*

Les facteurs rattachant les transactions au Canada comprenaient l'immatriculation des navires, le pavillon, la propriété, la possession au Canada par un affrètement à coque nue, l'exploitation des navires depuis une base à Montréal et la fourniture des lubrifiants au Canada. Parmi ces facteurs, celui auquel une importance considérable doit être accordée est le fait que l'entreprise de Socanav, l'affrètement à coque nue, était basée au Canada lorsque les lubrifiants maritimes ont été fournis et que c'est le Canada, où les navires étaient basés et exploités, qui était le plus avantageux au plan économique par la fourniture des lubrifiants. Toutefois, le juge de première instance n'a pas examiné ni soupesé la base des activités. Étant donné que le droit maritime canadien s'appliquait, Petromar ne possédait pas de privilège maritime.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 31301—31343 (1994).

Jones Act, 46 U.S.C. § 688 (1953).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2), 43(3).

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 2 «voyage de cabotage».

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Harmer v. Bell — The Bold Buccleugh (1851), 7 Moo. 267; 13 E.R. 884 (P.C.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Goodwin Johnson v. The Ship (Scow) A.T. & B. n° 28*, [1954] R.C.S. 513; [1954] 4 D.L.R. 1; *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 12; *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Larocque*, [1942] R.C.S. 205; [1942] 2 D.L.R. 273; (1942), 9 I.L.R. 150; *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (P.C.); *Hellenic Lines Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306 (1970); *Gulf Trading & Transp. Co. v. M/V Tento*, 694 F.2d 1191 (9th Cir. 1982), *demande de certiorari* refusée 103 S. Ct. 2091 (1983); *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co. (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime*

Co. (1999), 170 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981), *certiorari* denied, 457 U.S. 1119 (1982); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2d Cir. 1973); *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); *affd* [1987] 1 S.C.R. 57; (1987), 72 N.R. 75.

CONSIDERED:

Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571 (1953); *Nestor, The*, 18 F. Cas. 9 (C.C.D. Me. 1834).

REFERRED TO:

Johnson v. Black — The Two Ellens (1872), 8 Moo. N.S. 398; 17 E.R. 361 (P.C.); *Heinrich Bjorn, The* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.); *Hamilton v. Baker. The "Sara"* (1889), 14 A.C. 209 (H.L.); *Dictator, The*, [1892] P. 304 (P.D.); *Ripon City, The*, [1897] P. 226 (P.D.); *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.); *Gemma, The*, [1899] P. 285 (C.A.); *Dupleix, The*, [1912] P. 8 (P.D.); *Tolten, The*, [1946] P. 135 (C.A.); *Cardinal Shipping Corp. v. M/S Seisho Maru*, 744 F.2d 461 (5th Cir. 1984); *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245; (1991), 47 F.T.R. 149 (T.D.); *affd* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2001] 3 F.C. 41 (T.D.); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
Cheshire's Private International Law, 8th ed. London: Butterworths, 1970.
 Gilmore, G. and C. L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.
 Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil & Maritime*. Montréal: Blais, 1994.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*. Montréal: International Shipping Pub., 1985.
 Wiswall, F. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800: An English Study with American Comparisons*. Cambridge: University Press, 1970.

APPEAL from an order of the Trial Division (*Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.* (2000), 187 F.T.R. 208) that the supply of marine lubricants in Canada to two Canadian registered vessels pursuant to an arrangement made by their manager with corporations in the United States gave rise to a maritime lien under the

Co. (1999), 170 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981), *demande de certiorari* refusée, 457 U.S. 1119 (1982); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2d Cir. 1973); *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); *conf. par* [1987] 1 R.C.S. 57; (1987), 72 N.R. 75.

DÉCISION EXAMINÉE:

Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571 (1953); *Nestor, The*, 18 F. Cas. 9 (C.C.D. Me. 1834).

DÉCISIONS CITÉES:

Johnson v. Black — The Two Ellens (1872), 8 Moo. N.S. 398; 17 E.R. 361 (P.C.); *Heinrich Bjorn, The* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.); *Hamilton v. Baker. The «Sara»* (1889), 14 A.C. 209 (H.L.); *Dictator, The*, [1892] P. 304 (P.D.); *Ripon City, The*, [1897] P. 226 (P.D.); *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.); *Gemma, The*, [1899] P. 285 (C.A.); *Dupleix, The*, [1912] P. 8 (P.D.); *Tolten, The*, [1946] P. 135 (C.A.); *Cardinal Shipping Corp. v. M/S Seisho Maru*, 744 F.2d 461 (5th Cir. 1984); *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245; (1991), 47 F.T.R. 149 (1^{re} inst.); *conf. par* (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.); *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2001] 3 C.F. 41 (1^{re} inst.); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflicts of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
Cheshire's Private International Law, 8th ed. London: Butterworths, 1970.
 Gilmore, G. et C. L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.
 Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil & Maritime*. Montréal: Blais, 1994.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*. Montréal: International Shipping Pub., 1985.
 Wiswall, F. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800: An English Study with American Comparisons*. Cambridge: University Press, 1970.

APPEL interjeté à l'égard d'une ordonnance de la Section de première instance (*Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.* (2000), 187 F.T.R. 208) portant que la fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à deux navires immatriculés au Canada conformément à un accord que le gestionnaire de ceux-ci a conclu avec des

maritime law of the United States. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Richard L. Desgagnés for appellant.
George R. Strathy for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault S.E.N.C., Montréal, for appellant.
Strathy & Richardson, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: This appeal from an order of the Trial Division dated August 17, 2000 [(2000), 187 F.T.R. 208], raises an issue of whether, having regard to Canadian conflict of laws rules, the supply of marine lubricants in Canada to two Canadian registered vessels pursuant to an arrangement made by their manager with corporations in the United States, gave rise to a maritime lien under the maritime law of the United States or, instead, to a statutory right *in rem* against the vessels under Canadian maritime law.

[2] As the appellant submits, it would appear that the policy of the law in the United States is to protect the interest of suppliers by granting a maritime lien for necessities supplied to a vessel. By contrast, the policy of Canadian maritime law is to deny a supplier such a lien and, instead, leave that person with either a right *in personam* against the debtor or, in the circumstances described below, a statutory right *in rem* against the vessel. Canadian policy would seem to be more protective of the vessel's interests in this regard. By processing a maritime lien the supplier of a vessel under the law of the United States occupies a far superior position to that of a supplier of a vessel under Canadian maritime law. As a maritime lienholder under the law of the United States, the supplier is entitled to rank above non-maritime lienholders and others including mortgagees. In Canada, by contrast, the supplier of a vessel ranks well down the scale of priorities as compared with maritime lienholders. Herein lies the

sociétés américaines a donné lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Richard L. Desgagnés pour l'appelante.
George R. Strathy pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy Renault S.E.N.C., Montréal, pour l'appelante.
Strathy & Richardson, Toronto, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Le présent appel interjeté à l'égard d'une ordonnance que la Section de première instance a rendue le 17 août 2000 [(2000), 187 F.T.R. 208] soulève la question de savoir si, compte tenu des règles canadiennes portant sur les conflits de lois, la fourniture de lubrifiants maritimes au Canada à deux navires immatriculés au Canada conformément à un accord que le gestionnaire de ceux-ci a conclu avec des sociétés américaines a donné lieu à un privilège maritime en vertu du droit maritime des États-Unis ou plutôt à un droit réel d'origine législative à l'encontre des navires en vertu du droit maritime canadien.

[2] Comme l'appelante le soutient, il semblerait que la politique du droit américain consiste à protéger les intérêts des fournisseurs en leur accordant un privilège maritime à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis à un navire. En revanche, la politique du droit maritime canadien consiste à refuser un privilège de cette nature aux fournisseurs et plutôt à leur accorder un droit personnel à l'encontre du débiteur ou, dans les circonstances décrites ci-après, un droit réel d'origine législative contre le navire. La politique canadienne semblerait protéger davantage les intérêts du navire à cet égard. En faisant valoir un privilège maritime, le fournisseur qui approvisionne un navire occupe en vertu du droit américain une position nettement supérieure à celle de son homologue en vertu du droit maritime canadien. En qualité de titulaire d'un privilège maritime en vertu du droit américain, le fournisseur peut prendre rang avant les titulaires d'un privilège non maritime et d'autres créanciers, y compris les créanciers hypothé-

conflict between the two systems of law.

THE ACTION

[3] The action in the Trial Division was commenced in July 1997. In that action the appellant sought a declaration that the respondents have no maritime lien against the vessels under the law of the United States. Presumably, the purpose of the action was to prevent an anticipated arrest of the vessels in Canada by Petromar Inc. to enforce a maritime lien created by United States law for unpaid marine lubricants supplied to the vessels in Canada between the months of March and August 1996. Subsequent to the filing of the pleadings, the parties consented to an order of the Trial Division for determination of the following question of law:

Whether Petromar Inc. has a maritime lien on the vessels M.V. "LE BRAVE" and M.V. "A.G. FARQUHARSON" as a result of the supply to the said vessels of marine lubricants.

The parties agree at the same time that this question be determined on the basis of the agreed statement of facts which is contained in the record. That statement appears verbatim in the learned Trial Judge's reported reasons for judgment¹ and has attached to it the various agreements and other documents referred to therein.

[4] In December 1997, Petromar commenced an *in rem* action (No. T-2675-97) against the vessels in which Petromar claims a maritime lien under the maritime law of the United States in respect of the unpaid price of the same marine lubricants that are the subject of the present appeal. The parties agree that the result in the present action shall be binding on the parties in that action.

FACTUAL BACKGROUND

[5] The salient facts may be briefly summarized.

[6] The vessels M/V *Le Brave* and M/V *A.G. Farquharson*, registered at the Port of Toronto, were at all material times owned by the appellant and flew the Canadian flag.

caires. Au Canada, le fournisseur qui approvisionne un navire occupe un rang bien inférieur à celui des titulaires d'un privilège maritime, d'où le conflit entre les deux régimes de droit.

L'ACTION

[3] L'action a été engagée en juillet 1997 devant la Section de première instance. Dans cette action, l'appelante a demandé une déclaration portant que les intimées n'ont aucun privilège maritime contre les navires en vertu du droit des États-Unis. L'action visait probablement à empêcher Petromar de faire arraisonner les navires au Canada afin d'exercer un privilège maritime découlant du droit américain à l'égard des lubrifiants maritimes impayés qui ont été fournis aux navires au Canada entre les mois de mars et d'août 1996. Après le dépôt des actes de procédure, les parties ont consenti à une ordonnance de la Section de première instance afin que la Cour statue sur la question de droit suivante:

Petromar Inc. a-t-elle un privilège maritime portant sur les navires M.V. «LE BRAVE» et M.V. «A. G. FARQUHARSON» du fait qu'elle a approvisionné ces navires en lubrifiants maritimes?

Les parties conviennent également que cette question doit être tranchée sur la base de l'exposé conjoint des faits qui se trouve au dossier. Cet exposé, auquel ont été joints les différents accords et autres documents qui y sont mentionnés, est reproduit mot à mot dans les motifs du jugement publiés¹ du juge de première instance.

[4] En décembre 1997, Petromar a engagé une action *in rem* (n° T-2675-97) contre le navire sur lequel Petromar revendique un privilège maritime en vertu du droit maritime américain au titre du prix impayé des mêmes lubrifiants maritimes qui font l'objet du présent appel. Les parties conviennent que le résultat de la présente action les liera également dans cette autre action.

LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[5] Les principaux faits peuvent être résumés brièvement comme suit:

[6] Pendant toute l'époque pertinente, les navires MS *Le Brave* et MS *A.G. Farquharson* étaient immatriculés au port de Toronto, appartenaient à l'appelante et arboraient le pavillon canadien.

[7] By separate charter parties dated September 1, 1986 the vessels were demise chartered by their then owners to a partnership composed of La Société Sofati Ltée and Socanav Inc., Canadian corporations. The partnership had its principal place of business in Montréal. Each of these agreements provided (Clause 23) that “the relationship between the parties hereto shall be determined and construed according to the maritime laws of Canada”. The charter parties were later assigned to Socanav Inc. of Montréal by agreement dated November 7, 1986 by Texaco Canada Inc., the then owners of the vessels. The parties agreed that at all material times Socanav carried on business mainly in Canada, primarily on the Great Lakes, St. Lawrence Seaway and Canadian East Coast, in the transportation of petroleum products in bulk and that Socanav also owned and operated tanker vessels in international trade. On February 24, 1989, the appellant acquired control of Texaco Canada Inc. Later, on August 23, 1989, the name of Texaco Canada Inc. was changed to McColl Frontenac Inc. By a term in each charter party, the demise charterer obliged itself to “supply and fuel the vessel entirely at its expense and by its procurement” (Clause 5(c)) and to maintain, equip and repair the vessels (Clause 5(a), (b) and (c)). In the description of each vessel (Clause 1(a)), there is reference to “CSI Home Trade”, which is not explained. Counsel agree, nevertheless, that “Home Trade” has the meaning assigned to it in the definition of “home-trade voyage” in section 2 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 and the regulations made thereunder.

[8] By agreement dated January 26, 1993, between Socanav and Imperial Oil, a partnership composed of the appellant and McColl Frontenac Petroleum Inc., it was agreed that the charter parties dated September 1, 1986 would “remain in full force” (Article 3.1). By this agreement Socanav acquired the “right to provide all of the maritime transportation requirements of Imperial’s liquid petroleum products in Eastern Canada” save for products carried on certain Canadian registered vessels owned and operated by the Imperial partnership as well

[7] En vertu de chartes-parties distinctes datées du 1^{er} septembre 1986, les navires ont été affrétés coque nue par leurs propriétaires d’alors à une société de personnes composée de La Société Sofati Ltée et Socanav Inc., qui sont toutes deux des sociétés canadiennes. Le principal établissement commercial de la société de personnes se trouvait à Montréal. Chacune de ces ententes prévoyait (clause 23) que [TRADUCTION] «les relations entre les parties contractantes seront interprétées et mises en œuvre selon le droit maritime du Canada». Les chartes-parties ont plus tard été cédées à Socanav Inc., de Montréal, au moyen d’un accord daté du 7 novembre 1986 par Texaco Canada Inc., qui était alors propriétaire des navires. Les parties ont convenu qu’en tout temps pertinent, Socanav transigeait ses affaires principalement au Canada (surtout sur les Grands Lacs, sur la Voie maritime du Saint-Laurent et sur la côte est du Canada) et se livrait au transport en vrac de produits du pétrole, en plus d’être propriétaire de navires-citernes qu’elle exploitait sur le plan international. Le 24 février 1989, l’appelante a acquis le contrôle de Texaco Canada Inc., dont le nom a subséquentement été remplacé, le 23 août 1989, par McColl Frontenac Inc. Selon une clause figurant dans chaque charte-partie, l’affréteur coque nue s’obligeait à [TRADUCTION] «approvisionner le navire, notamment en carburant, entièrement à ses frais et par ses soins» (clause 5c) ainsi qu’à entretenir, à équiper et à réparer les navires (clause 5a), b) et c)). Dans la description de chaque navire (clause 1a)), il est fait mention de «CSI Home Trade» (voyage de cabotage national CSI), laquelle mention n’est pas expliquée. Les avocats conviennent néanmoins que l’expression «voyage de cabotage national» a le sens donné à l’expression «voyage de cabotage» définie à l’article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, et utilisée dans les règlements d’application de cette Loi.

[8] Dans un accord en date du 26 janvier 1993 qui est intervenu entre Socanav et Imperial Oil, société de personnes composée de l’appelante et de McColl Frontenac Petroleum Inc., il a été convenu que les chartes-parties datées du 1^{er} septembre 1986 [TRADUCTION] «demeureraient pleinement en vigueur» (article 3.1). Au moyen de cet accord, Socanav a acquis le [TRADUCTION] «droit de fournir tous les produits de pétrole liquide dont Imperial a besoin pour ses activités de transport maritime dans l’est du Canada», exception

as additional movements of products exported from or imported into Canada. The parties agreed that the agreement and the relationship between the parties hereto “shall be determined and construed according to the laws of Ontario and the maritime laws of Canada whichever shall apply”.

[9] On an undisclosed date, Socanav Inc. entered into an agreement with Star Ship Management Ltd. (Star), a United States corporation with office and place of business in Miami, Florida by which Star undertook to manage Socanav’s fleet of vessels including the *M/V Le Brave* and the *M/V A.G. Farquharson*. The agreement is not in evidence.

[10] By agreement dated May 1, 1995, Star contracted with the appellant Petromar Inc., a United States corporation with offices in the city of New York, for the supply of marine lubricants to be delivered at the request of Star to various vessels managed by Star including the vessels here in issue. The initial paragraph of this agreement reads:

Subject to the terms and conditions hereinafter set forth, PETROMAR agrees to cause to be sold and delivered the Exxon Marine Lubricants referred to in Article II hereof, at the ports referred to in Exxon’s booklet “Ports, Supplies & Service for Marine Lubricants” (hereinafter “Port List”) and in Exxon’s “International Contract Price List for Marine Lubricants” (hereinafter “Price List”) in effect at the time and place of delivery, which publications are incorporated herein by reference and made a part hereof, and Buyer agrees to purchase and receive the same from such Supplying Company as may be specified in said Port and Price Lists or otherwise designated to Buyer by PETROMAR. If this contract is signed by an agent for a principal as Buyer hereunder, then such agent shall be liable not only as agent but also for the performance of all obligations of the principal hereunder.

Star agreed to follow the procedure in the Port List in placing orders for deliveries (Article IV). The parties also agreed that “all orders are to be placed with PETROMAR” and that should Star “either directly or indirectly or through its agent place the order with

faite des produits transportés à bord de certains navires immatriculés au Canada dont la société de personnes Imperial est le propriétaire-exploitant ainsi que des produits supplémentaires qui sont exportés du Canada ou qui y sont importés. Les parties ont convenu que les relations entre les parties contractantes [TRADUCTION] «doivent être interprétées et mises en œuvre selon les lois de l’Ontario et les lois maritimes du Canada».

[9] À une date non indiquée, Socanav Inc. a conclu avec Star Ship Management Ltd. (Star), société américaine ayant un bureau et un établissement commercial à Miami (Floride), un accord par lequel Star s’engageait à gérer la flotte de navires de Socanav, y compris le *MS Le Brave* et le *MS A.G. Farquharson*. L’accord n’a pas été produit en preuve.

[10] Dans un accord daté du 1^{er} mai 1995, Star a confié à l’intimée Petromar Inc., société américaine ayant des bureaux dans la ville de New York, l’approvisionnement en lubrifiants maritimes, lesquels devant être livrés à la demande de Star à différents navires que celle-ci gérait, y compris les navires en cause en l’espèce. Le premier paragraphe de cet accord est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Sous réserve des conditions énoncées ci-après, PETROMAR convient d’assurer la vente et la livraison des lubrifiants maritimes d’Exxon qui sont mentionnés à la clause II des présentes, aux ports dont il est fait mention dans la brochure d’Exxon intitulée «Ports, Supplies & Service for Marine Lubricants» (ci-après «liste des ports») et sur la liste d’Exxon intitulée «International Contract Price List for Marine Lubricants» (ci-après «liste de prix») en vigueur à la date et au lieu de livraison, lesquelles publications sont intégrées aux présentes par renvoi et en font partie, et l’acheteur convient d’acheter et de recevoir lesdits produits de la société d’approvisionnement qui est précisée auxdites liste de prix et liste des ports ou que PETROMAR lui indique autrement. Si un mandataire signe le présent contrat pour le compte d’un mandant à titre d’acheteur en application des présentes, ce mandataire sera responsable non seulement en qualité de mandataire, mais également relativement à l’exécution de toutes les obligations énoncées à la charge du mandant aux présentes.

Star a convenu de suivre la procédure énoncée dans la liste des ports au sujet de la passation des commandes (article IV). Les parties ont également convenu que [TRADUCTION] «toutes les commandes doivent être passées auprès de PETROMAR» et que si Star

Supplying Company, the delivery shall not be made until PETROMAR has confirmed the order.” The agreement contained a clause providing that its “construction, validity and performance . . . shall be governed by the laws applicable in the State of New York to the exclusion of any other legal system” (Article IX).

[11] Earlier, by agreement of indefinite duration dated October 26, 1989, Petromar contracted with Exxon Company International (ECI), a division of Exxon Corporation, with offices in the state of New Jersey, under which ECI agreed to sell and deliver marine lubricants to customers solicited by Petromar. Part of the preamble of this agreement reads as follows:

This agreement is made . . . for ECI to sell and deliver, or cause to be sold and delivered, marine lubricants (hereinafter “Products”) to customers solicited by Petromar whose vessels may have requirements at ports served by ECI and its supplying/delivering companies (hereinafter “Supplying Company(y) (ies)”). Upon entry into written Implementing Agreement(s) between Petromar and ECI regarding such customers, their vessels and requirements and any additional terms and conditions agreed upon, ECI shall sell and deliver, or cause to be sold and delivered, in accordance with the following:

[12] There then follows a set of elaborate provisions governing the sale and delivery of marine lubricants by ECI or a supplying company to a customer solicited by Petromar. The products to be sold and delivered were to be listed in Exxon’s Port List in effect at the time and place of delivery (Article 1, section 1.1); all orders were to be placed in writing by Petromar (Article 2, section 2.1); the price of each product was to be as listed in the Exxon’s Price List at the time and place of delivery and, if not so listed, the price set by the supplying company at the time and place of delivery (Article 3, section 3.1); the supplying company was to obtain a completed delivery receipt signed by the captain or chief engineer of the vessel (Article 5, section 5.1); title to bulk delivery of products was to pass directly from the supplying company to Petromar’s customer at the vessel’s connecting flange (Article 7, section 7.1); Petromar was to make full payment of the purchase price to ECI regardless of whether it was ultimately able to collect

[TRADUCTION] «passe la commande auprès de la société d’approvisionnement, que ce soit directement ou indirectement ou encore par l’entremise de son mandataire, la livraison n’aura lieu que lorsque PETROMAR aura confirmé la commande». L’accord comportait une clause prévoyant que [TRADUCTION] «l’interprétation, la validité et les obligations. . . en vertu de l’accord seront gouvernées par les lois de l’État de New York, à l’exclusion de tout autre régime juridique» (article IX).

[11] Plus tôt, le 26 octobre 1989, Petromar avait signé avec Exxon Company International (ECI), qui est une division d’Exxon Corporation et possède des bureaux dans l’État du New Jersey, un accord d’une durée indéfinie par lequel ECI convenait de vendre et de livrer des lubrifiants maritimes aux clients identifiés par Petromar. Voici une partie du préambule de cet accord:

[TRADUCTION] Le présent accord concerne la vente et la livraison par ECI ou en son nom de lubrifiants maritimes (ci-après «produits») aux clients que Petromar désigne et dont les navires peuvent avoir besoin de lubrifiants aux ports desservis par ECI et les sociétés d’approvisionnement/de livraison de celle-ci (ci-après «sociétés d’approvisionnement»). Dès la signature d’un accord de mise en œuvre écrit entre Petromar et ECI au sujet de ces clients, de leurs navires et de leurs besoins ainsi que de toute autre condition pouvant être convenue, ECI assurera la vente et la livraison conformément à ce qui suit: [. . .]

[12] Ce préambule est suivi d’un ensemble de dispositions détaillées régissant la vente et la livraison de lubrifiants maritimes par ECI ou une société d’approvisionnement aux clients désignés par Petromar. Les produits à vendre et à livrer devaient figurer sur la liste des ports d’Exxon en vigueur à la date et au lieu de livraison (article 1, section 1.1); toutes les commandes devaient être passées par écrit par Petromar (article 2, section 2.1); le prix de chaque produit devait correspondre au prix indiqué sur la liste de prix d’Exxon en vigueur à la date et au lieu de livraison et, s’il n’y figurait pas, au prix fixé par la société d’approvisionnement à la date et au lieu de livraison (article 3, section 3.1); la société d’approvisionnement devait obtenir un récépissé de livraison rempli et signé par le capitaine ou le chef mécanicien du navire (article 5, section 5.1); le titre de propriété afférent aux produits livrés devait passer directement de la société d’approvisionnement au client de Petromar à la bride de raccordement du

from its customers (Article 8, section 8.1); the purchase price of the product was to be paid to ECI by Petromar "in U.S. dollars" within 45 days from the date of the supplying company's invoice to Petromar's customer (Article 9, section 9.2); the assertion of liens against the vessels by ECI, Petromar and/or supplying company for unpaid price of delivered products was expressly reserved (Article 9, section 9.5). Finally, the agreement required that its "construction, validity and performance . . . shall be governed by the laws applicable in the State of New York to the exclusion of any other legal system" (Article 13, section 13.9).

[13] Between March 11, 1996 and August 6, 1996, the appellant, as an ECI designated "Supplying Company", supplied the M/V *Le Brave* and M/V *A.G. Farquharson* at Montréal and Sarnia with quantities of marine lubricants at a cost of US\$79,211.10. Petromar paid ECI for these purchases but alleges that it has not been paid by either Star or Socanav. At the time of supplying the lubricants Petromar was aware that the vessels were owned by the appellant.

[14] The parties agree that the determination of applicable substantive law is to be made according to Canadian conflict of laws rules. They also agree that if the transactions are governed by United States substantive law, the supply of marine lubricants gives rise to a maritime lien enforceable by way of an action *in rem* against the vessels and that Petromar is entitled to judgment for the unpaid debt as converted to Canadian currency; correspondingly, if the transactions are governed by Canadian substantive law, the appellant is entitled to a declaration that Petromar has no maritime lien *in rem* against the vessels.

THE JUDGMENT BELOW

[15] The learned Trial Judge determined that the transactions were governed by the maritime law of the United States and, accordingly, that Petromar was entitled to a maritime lien. While he allowed pre-judgment interest he limited it to the period from March

navire (article 7, section 7.1); Petromar devait payer intégralement le prix d'achat à ECI indépendamment de l'impossibilité pour elle de recouvrer ultérieurement le montant en question de ses clients (article 8, section 8.1); Petromar devait payer le prix d'achat du produit à ECI en dollars américains dans les 45 jours suivant la date de la facture adressée par la société d'approvisionnement au client de Petromar (article 9, section 9.2); le droit pour ECI, Petromar ou la société d'approvisionnement de faire valoir un privilège contre les navires au titre du prix impayé des produits livrés a été expressément réservé (article 9, section 9.5). Enfin, il était prévu que [TRADUCTION] «l'interprétation, la validité et les obligations en vertu de l'accord seront gouvernées par les lois de l'État de New York à l'exclusion de tout autre régime juridique» (article 13, section 13.9).

[13] Entre le 11 mars et le 6 août 1996, l'appelante, agissant à titre de société d'approvisionnement désignée par ECI, a approvisionné les navires MS *Le Brave* et MS *A.G. Farquharson* à Montréal et Sarnia en lubrifiants maritimes au coût de 79 211,10 \$US. Petromar a payé à ECI le prix de ces achats, mais soutient qu'elle n'a été payée ni par Star ni par Socanav. Lors de l'approvisionnement, Petromar savait que les navires appartenaient à l'appelante.

[14] Les parties conviennent que la décision quant au droit positif applicable doit être prise en conformité des règles canadiennes portant sur les conflits de lois. Elles conviennent également que, si les transactions sont régies par le droit positif des États-Unis, l'approvisionnement en lubrifiants maritimes donne lieu à un privilège maritime pouvant être exercé par la voie d'une action *in rem* contre les navires et que Petromar a droit à un jugement à l'égard de la dette impayée convertie en dollars canadiens; en revanche, si les transactions sont régies par le droit positif canadien, l'appelante a droit à une déclaration portant que Petromar n'a pas de privilège maritime *in rem* contre les navires.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[15] Le juge de première instance a statué que les transactions étaient régies par le droit maritime des États-Unis et que, par conséquent, Petromar avait droit à un privilège maritime. Tout en accordant des intérêts avant jugement, il a limité ceux-ci à la période allant du 11

11 and August 6, 1996, to the date of judgment at the average prime bank rate prevailing through that period.

[16] The Trial Judge first selected the test he considered appropriate for determining whether the law of Canada or of the United States should govern the transaction. It was his view that the appropriate test was: With what jurisdiction did the transactions have “the closest and most substantial connection”? In applying that test, the Trial Judge examined and weighed a number of factors which it was argued connected the transactions more closely to either Canada or the United States. Before doing so he turned for guidance to American jurisprudence enumerating various connecting factors to be weighed and assessed. In the leading American case of *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) the Supreme Court of the United States set out, at pages 583-591, seven connecting factors or points of contact to be weighed and considered “alone or in combination” in determining whether liability for an injury sustained by a seaman on board a Danish ship in Cuban waters should be governed by the *Jones Act*, 46 U.S.C. § 688 (1953) or by some foreign system of laws. Justice Jackson, for the majority, gave the following rationale for that approach, at page 582:

International or maritime law in such matters as this does not seek uniformity and does not purport to restrict any nation from making and altering its laws to govern its own shipping and territory. However, it aims at stability and order through usages which considerations of comity, reciprocity and long-range interest have developed to define the domain which each nation will claim as its own. Maritime law, like our municipal law, has attempted to avoid or resolve conflicts between competing laws by ascertaining and valuing points of contact between the transaction and the states or governments whose competing laws are involved. The criteria, in general, appear to be arrived at from weighing of the significance of one or more connecting factors between the shipping transaction regulated and the national interest served by the assertion of authority. It would not be candid to claim that our courts have arrived at satisfactory standards or apply those that they profess with perfect consistency. But in dealing with international commerce we cannot be unmindful of the necessity for mutual forbearance if retaliations are to be avoided; nor should we forget that any contact which we hold sufficient to warrant application of our law to a foreign transaction will logically be as strong a warrant for a foreign country to apply its law to an American transaction.

mars au 6 août 1996 à la date du jugement, au taux préférentiel moyen en vigueur pendant cette période.

[16] Le juge de première instance a d’abord choisi le critère qui, selon lui, devait s’appliquer pour déterminer si la transaction était régie par le droit du Canada ou celui des États-Unis. À son avis, le critère applicable était le suivant: quel est le ressort avec lequel les transactions ont «le lien le plus étroit et le plus important»? Pour appliquer ce critère, le juge de première instance a examiné et soupesé un certain nombre de facteurs indiquant un lien plus étroit avec le Canada ou les États-Unis. Auparavant, il a examiné certaines décisions américaines dans lesquelles différents facteurs à soupeser et à évaluer ont été énumérés. Dans l’arrêt clé *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953), la Cour suprême des États-Unis a énoncé, aux pages 583 à 591, sept facteurs de rattachement à soupeser et à examiner [TRADUCTION] «séparément ou ensemble» pour décider si la responsabilité relative au préjudice qu’avait subi un marin à bord d’un navire danois qui se trouvait dans les eaux cubaines devrait être régie par la *Jones Act*, 46 U.S.C. § 688 (1953), ou par un régime de droit étranger. S’exprimant au nom de la majorité, le juge Jackson a invoqué le raisonnement suivant au sujet de l’utilisation de ces facteurs (à la page 582):

[TRADUCTION] Dans des affaires semblables à celle-ci, le droit international ou maritime ne cherche pas à atteindre l’uniformité ni ne vise à empêcher un pays d’adopter des lois régissant sa propre navigation et son propre territoire ou de modifier les lois en question. Cependant, il vise la stabilité et l’ordre représentés par des coutumes qui ont été établies progressivement par des facteurs liés à la courtoisie, à la réciprocité et à l’intérêt à long terme et qui servent à définir le domaine que chaque nation considère comme le sien. À l’instar de notre droit municipal, notre droit maritime a tenté d’éviter ou de régler les conflits entre des lois opposées en déterminant et en évaluant les liens entre la transaction et les États ou gouvernements dont les lois sont en cause. De façon générale, les critères semblent avoir été déterminés par suite d’une évaluation de l’importance de différents facteurs de rattachement entre la transaction réglementée et l’intérêt national desservi par l’exercice du pouvoir. Il ne serait pas honnête d’affirmer que nos tribunaux en sont arrivés à des normes satisfaisantes ou qu’ils appliquent celles qui favorisent l’uniformité. Cependant, en matière de commerce international, nous devons reconnaître qu’une tolérance mutuelle est nécessaire si nous voulons éviter les représailles; de plus, il ne faut pas oublier que tout facteur de rattachement qui nous apparaît suffisamment important pour justifier l’application de nos lois à une transaction étrangère aura

The factors listed by Justice Jackson are: (1) the place of the wrongful act; (2) the law of the flag; (3) the allegiance or domicile of the injured seaman; (4) the allegiance of the defendant shipowners; (5) the place where the employment contract was made; (6) inaccessibility of a foreign forum; (7) the law of the forum. Six years later, the same Court extended the *Lauritzen* approach so as to “guide courts in the application of maritime law generally”: *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

[17] In this context, the Trial Judge went on to consider 11 different factual elements from the situation presented by the case. These were: (1) the plaintiff is a Canadian corporation; (2) the vessels are registered in Canada; (3) the charterer, Socanav, is a Canadian corporation; (4) the charter parties contain an explicit choice of law provision in favour of Canadian law; (5) the charterer was engaged in domestic trade in Canada and did operate some vessels internationally; (6) the charterer contracted with Star, a United States corporation, to manage its fleet including the two vessels here in question; (7) Star entered into a contract in the United States with Petromar, a United States corporation, for the sale and supply of marine lubricants to vessels managed by Star around the world; (8) Petromar contracted in the United States with ECI for the supply of marine lubricants to Petromar’s clients on a world-wide basis; (9) the choice of law in both the Star/Petromar contract and in the ECI/Petromar contract is the law applied in the state of New York, or the law of the United States; (10) the appellant, a Canadian corporation, provided the necessities to the vessels under arrangements by ECI with the appellant; (11) the necessities were supplied to the vessels in Canada.

[18] In characterizing the issue as one of maritime law and the choice of law as that of the United States, the Trial Judge was heavily influenced by the decision of the Prothonotary at Vancouver in *Fraser Shipyard and*

logiquement tout autant d’importance aux yeux d’un pays étranger qui l’invoque pour appliquer ses lois à une transaction américaine.

Les facteurs que le juge Jackson a énumérés sont les suivants: 1) le lieu du délit; 2) le pavillon arboré par le navire; 3) l’allégeance ou le domicile du marin blessé; 4) l’allégeance du propriétaire du navire; 5) l’endroit où le contrat d’emploi a été signé; 6) la possibilité d’avoir recours à un tribunal étranger; 7) la loi du for. Six ans plus tard, la même Cour a étendu la portée du raisonnement suivi dans l’arrêt *Lauritzen* de façon que [TRADUCTION] «les tribunaux s’en inspirent au cours de l’application de l’ensemble des règles du droit maritime»: *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

[17] Dans ce contexte, le juge de première instance a énuméré 11 différents éléments de fait tirés de la situation en cause. Ces éléments étaient les suivants: 1) la demanderesse est une société canadienne; 2) les navires sont immatriculés au Canada; 3) l’affrètement, Socanav, est une société canadienne; 4) les chartes-parties contiennent un choix explicite portant que la loi applicable est celle du Canada; 5) l’affrètement faisait du commerce au Canada et exploitait certains navires dans le commerce international; 6) l’affrètement a conclu avec Star, une société américaine, un contrat concernant la gestion de sa flotte, notamment des deux navires en cause; 7) Star a conclu un contrat aux États-Unis avec Petromar, qui est une société américaine, relativement à la vente et à la fourniture de lubrifiants maritimes aux navires que Star gère à travers le monde; 8) Petromar a conclu un contrat aux États-Unis avec ECI relativement à la fourniture de lubrifiants maritimes aux clients de Petromar à travers le monde; 9) le choix de la loi applicable dans le contrat Star/Petromar et dans le contrat ECI/Petromar est celui de la loi de l’État de New York, savoir la loi des États-Unis; 10) l’appelante, qui est une société canadienne, a fourni les approvisionnements nécessaires aux navires au Canada en vertu d’une entente qu’elle a conclue avec ECI; 11) la fourniture des approvisionnements nécessaires a eu lieu au Canada.

[18] Pour définir la question en litige comme une question de droit maritime et le choix de la loi applicable comme celui des États-Unis, le juge de première instance s’est inspiré en bonne partie de la décision que le

Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co. (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) (hereinafter *Atlantis Two*); and the appeal therefrom, *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (F.C.T.D.) (hereinafter *Atlantis Two*), which he viewed as determinative. It was his view that this result was supported by an assessment of the system of law with which the transactions had the closest and most real connection. He then proceeded to an examination of the *Atlantis Two* and to factual connections between the transactions and the legal systems of either Canada or the United States, and then concluded at paragraphs 21, 22, 26 and 27 of his reasons:

In my opinion, the jurisprudence of this Court, in decisions in the case of *Fraser Shipyard (The "Atlantis Two")*, has determined the issue of characterization and the choice of law applicable in circumstances where, as in this case, a maritime lien arising under United States law is claimed for necessities supplied to a vessel in Canada. In that case, Prothonotary Hargrave upheld a claim for a maritime lien where supply of necessities to a vessel in Canada was effected by arrangements made by a United States firm in New York on behalf of a Norwegian contractor. On appeal of that decision in regard to another claim, Mr. Justice Rouleau upheld the appeal, allowing on the facts, a maritime lien for which Hargrave P. had found insufficiently supported by the evidence. The lien existing under United States law for necessities supplied to a ship in a Canadian port was accepted by Rouleau J. as enforceable in this Court.

I see no reason to depart from a similar conclusion in this case, characterizing the issue as one of maritime law, with the choice of law in the circumstances of this case being that of United States law, recognizing that United States substantive law is applicable to determining whether a maritime lien exists.

...

Among these connecting factors the most significant, in my opinion, is the series of contracts by which the necessities were supplied to the vessels. Those concerning the provision of marine lubricants were the Star Ship Management/Petromar contract and the Petromar/E.C.I. contract, both concluded in the United States, each with provision of the application of law as it applied in New York state. Another significant agreement,

protonotaire a rendue à Vancouver dans *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après *Atlantis Two*) et du jugement rendu par suite de l'appel interjeté dans cette affaire, *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après *Atlantis Two*), lesquelles décisions ont réglé la question à son avis. Selon le juge de première instance, ce résultat était justifié au vu d'un examen du régime de droit avec lequel la question avait le lien le plus étroit et le plus réel. Le juge a ensuite procédé à un examen des décisions rendues dans l'affaire *Atlantis Two* ainsi que des liens factuels entre les transactions et les régimes juridiques du Canada et des États-Unis pour en arriver aux conclusions suivantes aux paragraphes 21, 22, 26 et 27 de ses motifs:

Selon moi, la jurisprudence de notre Cour dans les décisions *Fraser Shipyard (Le navire «Atlantis Two»)* a réglé la question de la définition et celle du choix de la loi applicable dans des circonstances où, comme c'est le cas ici, un privilège maritime en vertu de la loi des États-Unis est invoqué pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire au Canada. Dans cette affaire, le protonotaire Hargrave a accueilli une réclamation de privilège maritime dans un cas où la fourniture des approvisionnements nécessaires au Canada était faite en vertu d'arrangements pris par une société des États-Unis à New York au nom d'un entrepreneur norvégien. Dans l'appel de cette décision, portant sur une autre réclamation, M. le juge Rouleau a accueilli l'appel, reconnaissant dans les faits l'existence d'un privilège maritime que le protonotaire Hargrave n'avait pas accueilli puisqu'il considérait la preuve insuffisante. Le privilège qui existe en vertu de la loi des États-Unis pour les approvisionnements nécessaires livrés à un navire dans un port canadien a été jugé par le juge Rouleau pouvoir être exercé en cette Cour.

Je ne vois pas pourquoi je n'arriverais pas à la même conclusion en l'instance, la question en litige étant définie comme en étant une de droit maritime, le choix de la loi applicable dans les circonstances de l'affaire étant celui des États-Unis, en reconnaissant que le droit positif des États-Unis s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un privilège maritime.

[...]

Parmi ces liens, les plus significatifs selon moi se trouvent dans la série de contrats qui ont mené à la fourniture des approvisionnements nécessaires aux navires. Les contrats sur la fourniture de lubrifiants maritimes sont le contrat Star Ship Management/Petromar et le contrat Petromar/E.C.I., tous les deux conclus aux États-Unis et comportant chacun une disposition portant que la loi applicable est celle de l'État de

not included in the Agreed Statements of Facts, must have been in place, that is, one between E.C.I. and Imperial. The latter company can hardly say that it was unaware, in supplying lubricants to its own vessels operated by Socanav, that it was ignorant of the directions by E.C.I. to provide the lubricants, or that those directions would result from a contract-based commercial relationship between E.C.I. and a representative of Socanav or an agent of the latter.

The agreements for supply of the necessaries are the most significant connection factors for choice of law in relation to the issue, in my opinion. Not only would there be no issue in the absence of these agreements, for there would have been no supply of lubricants, but those agreements are consistent with modern international commerce, fostering specialization in international commercial relations, presumably fostering cost savings, and introducing a substantial measure of certainty through specified choice of law provisions.

ARGUMENT ON APPEAL

[19] The appellant submits that the Trial Judge erred in viewing the decisions in the *Atlantis Two* as determinative and, particularly, that he misinterpreted the decision of the Prothonotary therein. The appellant further submits that the Trial Judge erroneously considered or gave disproportionate weight to the terms of the contracts between Petromar and Star and between Petromar and ECI. Finally, the appellant argues that the Trial Judge failed to give any weight to the many connecting factors linking the transactions to Canada.

[20] Petromar submits that the decisions in the *Atlantis Two* are relevant and that they were not misinterpreted by the Trial Judge. Petromar also argues that the Trial Judge directed his mind to the factors linking the case to Canada before determining the system of laws with which the transactions had the closest and most real connection. Petromar contends that the Trial Judge correctly decided that the most significant factor in this regard was the series of contracts by which the necessaries were supplied to the vessels in Canada. Indeed, Petromar submits the assessing and weighing of the various connecting factors by the Trial Judge amounted to a finding of fact that ought not to be interfered with by this Court unless the Trial Judge made a palpable and overriding error which affected his

New York. Il doit y avoir eu une autre entente importante, dont il n'est pas question dans l'Énoncé conjoint des faits, savoir une entente entre E.C.I. et Imperial. Imperial peut difficilement dire qu'elle ne savait pas, lorsqu'elle a fourni des lubrifiants à ses propres navires exploités par Socanav, quelles étaient les directives de E.C.I. pour la fourniture des lubrifiants, non plus que ces directives résulteraient d'une entente commerciale et contractuelle entre E.C.I. et un représentant ou un agent de Socanav.

Selon moi, les ententes pour la fourniture des approvisionnements nécessaires constituent le lien le plus significatif pour déterminer le choix de la loi applicable à la question en litige. Non seulement n'y aurait-il aucun litige en l'absence de ces ententes, puisqu'il n'y aurait pas eu fourniture de lubrifiants, mais lesdites ententes cadrent bien avec les pratiques du commerce international moderne, qui encouragent la spécialisation dans les relations commerciales internationales et qui créent vraisemblablement des économies tout en introduisant une plus grande certitude en spécifiant le choix de la loi applicable.

ARGUMENTS INVOQUÉS EN APPEL

[19] L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a dit que la question avait été réglée dans les décisions rendues dans l'affaire *Atlantis Two* et, plus précisément, qu'il a mal interprété la décision du protonotaire dans cette affaire. L'appelante ajoute que le juge de première instance a mal compris les conditions des accords intervenus entre Petromar et Star et entre Petromar et ECI ou qu'il a accordé une importance démesurée à ces conditions. Enfin, elle fait valoir que le juge de première instance n'a pas accordé la moindre importance aux nombreux facteurs rattachant les transactions au Canada.

[20] Pour sa part, Petromar allègue que les décisions rendues dans l'affaire *Atlantis Two* sont pertinentes et que le juge de première instance ne les a pas mal interprétées. Selon Petromar, le juge de première instance a examiné les facteurs rattachant l'affaire au Canada avant de déterminer le régime de droit avec lequel les transactions avaient le lien le plus étroit et le plus réel. Petromar affirme que le juge de première instance a eu raison de décider que le facteur le plus important à cet égard était la série de contrats concernant la fourniture des approvisionnements nécessaires au Canada. Effectivement, elle fait valoir que l'évaluation et la pondération des différents facteurs de rattachement de la part du juge de première instance constituaient une conclusion de fait que la Cour d'appel ne devrait pas

assessment of the facts.

[21] In the cross-appeal, Petromar submits that the Trial Judge erred in not allowing the full contractual rate of interest of 18.5% per annum provided for in the contract between Star and Petromar on the unpaid debt, rather than allowing pre-judgment interest to the date of judgment, at the average bank lending rate prevailing through the period between March 11, 1996 and August 6, 1996. The argument here is that by a well-established principle of Canadian maritime law the Court in its discretion may award pre-judgment interest as an integral part of the damages in respect of rights either *ex contractu* or *ex delicto* in order to supply a remedy that conforms to the overarching principle of *restitutio in integrum*.

ANALYSIS

[22] While the present controversy involves transactions said to be connected to either Canada or the United States, it is not unusual in the marine shipping industry for fuel to be supplied to a vessel under a contract between parties located in several countries, negotiated in one country and performed in another sometimes by a person who was not a party to the original contract. Fortunately, complexities of that order are not present in the fact situation to be examined in this appeal.

The maritime lien

[23] Before consulting conflict rules or principles, it will be useful to examine the nature and characteristics of a maritime lien. The classic judgment of Sir John Jervis in *Harmer v. Bell — The Bold Buccleugh* (1851), 7 Moo. P.C. 267; 13 E.R. 884 (P.C.), defined the maritime lien as it is currently understood in Canadian maritime law. That decision was significantly influenced by the views of Story J. in *Nestor, The*, 18 F. Cas. 9 (C.C.D. Me. 1834). At pages 284-285 [pages 890-891 E.R.] Sir John Jervis stated:

A maritime lien does not include or require possession. The word is used in Maritime Law not in the strict legal sense in

modifier, à moins que le juge n'ait commis une erreur manifeste et dominante qui a touché son appréciation des faits.

[21] Dans l'appel incident, Petromar soutient que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accorder le taux d'intérêt annuel de 18,5 pour cent prévu dans le contrat qu'elle avait conclu avec Star relativement à la dette impayée plutôt que d'accorder des intérêts avant jugement jusqu'à la date du jugement au taux moyen pour les prêts consentis par les banques au cours de la période allant du 11 mars 1996 au 6 août 1996. Petromar fait valoir en réalité que, selon un principe bien connu du droit maritime canadien, la Cour peut, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, accorder des intérêts avant jugement comme partie intégrante des dommages-intérêts relativement aux droits d'origine contractuelle ou délictuelle afin d'accorder une réparation qui respecte le principe très important de la restitution intégrale.

ANALYSE

[22] Bien que la présente controverse concerne des transactions qui seraient liées au Canada ou aux États-Unis, il n'est pas inhabituel, dans le domaine de la navigation maritime, qu'un navire soit approvisionné en carburant en application d'un contrat qui a été conclu entre des parties se trouvant dans plusieurs pays, négocié dans un pays et exécuté dans un autre parfois par une personne qui n'était pas partie au contrat initial. Fort heureusement, aucune complexité de cette nature n'existe en l'espèce.

Le privilège maritime

[23] Avant d'examiner les règles ou principes régissant les conflits de lois, il convient d'étudier la nature ou les caractéristiques d'un privilège maritime. Dans l'arrêt classique *Harmer v. Bell — Bold Buccleugh* (1851), 7 Moo. P.C. 267; 13 E.R. 884 (C.P.), sir John Jervis a défini le privilège maritime au sens où il est compris aujourd'hui en droit maritime canadien. Cette décision était fortement influencée par l'opinion que le juge Story avait formulée dans *Nestor, The*, 18 F. Cas. 9 (C.C.D. Me. 1834). Voici comment sir John Jervis s'est exprimé aux pages 284 et 285 [pages 890 et 891 E.R.] de son jugement:

[TRADUCTION] Un privilège maritime ne comporte pas la possession et ne l'exige pas non plus. Le mot n'est pas utilisé

which we understand it in Courts of Common Law, in which case there could be no lien where there was no possession, actual or constructive; but to express, as if by analogy, the nature of claims which neither presuppose nor originate in possession. This was well understood in the Civil Law, by which there might be a pledge with possession, and a hypothecation without possession, and by which in either case the right travelled with the thing into whosoever possession it came. Having its origin in this rule of the Civil Law, a maritime lien is well defined by Lord Tenterden, to mean a claim or privilege upon a thing to be carried into effect by legal process; and Mr. Justice Story (1 Sumner, '78) explains that process to be a proceeding *in rem*, and adds, that wherever a lien or claim is given upon the thing, then the Admiralty enforces it by a proceeding *in rem*, and indeed is the only Court competent to enforce it. A maritime lien is the foundation of the proceeding *in rem*, a process to make perfect a right inchoate from the moment the lien attaches; . . . a maritime lien exists, which gives a privilege or claim upon the thing, to be carried into effect by legal process. This claim or privilege travels with the thing, into whosoever possession it may come. It is inchoate from the moment the claim or privilege attaches, and when carried into effect by legal process, by a proceeding *in rem*, relates back to the period when it first attached.

See also *Johnson v. Black — The Two Ellens* (1872), 8 Moo. N.S. 398; 17 E.R. 361 (P.C.); *Heinrich Bjorn, The* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.); *Hamilton v. Baker. The "Sara"* (1889), 14 A.C. 209 (H.L.); *Dictator, The*, [1892] P. 304 (P.D.); *Ripon City, The*, [1897] P. 226 (P.D.); *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.); *Gemma, The*, [1899] P. 285 (C.A.); *Dupleix, The*, [1912] P. 8 (P.D.). Later, in the last century, the maritime lien was described by Scott L.J. in *Tolten, The*, [1946] P. 135 (C.A.), at page 144, as "one of the first principles of the law of the sea and very far-reaching in its effects". The principle enunciated in *The Bold Buccleugh* has been adopted in Canada: see e.g. *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; *Goodwin Johnson v. The Ship (Scow) A.T. & B. No. 28*, [1954] S.C.R. 513. It is apparent that a maritime lien constitutes a bundle of rights rather than a single right.

[24] In finding in favour of Petromar, the Trial Judge distinguished between the relevant maritime law of the United States and that of Canada on the point. As has been noted, under the maritime law of the United States,

en droit maritime au sens juridique strict que nos tribunaux lui donnent en common law et selon lequel il ne peut y avoir de privilège en l'absence de possession, réelle ou présumée; le privilège maritime renvoie plutôt, par analogie, aux réclamations qui, de par leur nature, ne présupposent pas la possession ni n'en découlent. Cette réalité a été bien comprise en droit civil, dont les règles reconnaissaient la possibilité d'un gage avec possession et d'une hypothèque sans possession et prévoyant, dans un cas comme dans l'autre, que le droit suivait l'objet, indépendamment de la personne qui en avait la possession. Le privilège maritime, qui tire son origine du droit civil, a été défini par lord Tenterden comme un droit ou un privilège pouvant être exercé par la voie d'une procédure judiciaire; selon le juge Story (1 Sumner, '78), cette procédure est une procédure *in rem* (une action réelle) et, quel que soit l'endroit où le privilège grève l'objet, l'Amirauté y donne effet au moyen d'une action réelle et est effectivement le seul tribunal compétent à cette fin. Le privilège maritime constitue le fondement de la procédure réelle, laquelle vise à rendre opposable un droit virtuel à compter du moment où le privilège est grevé; un privilège maritime, qui confère un droit sur l'objet, existe et peut être exercé au moyen d'une procédure judiciaire. Ce droit ou privilège suit l'objet, indépendamment de la personne qui en obtient la possession. Il est virtuel à compter du moment où il naît et, lorsqu'il est exercé par la voie d'une procédure judiciaire (procédure réelle), il est relié de façon rétroactive à la période où il est né.

Voir également *Johnson v. Black — The Two Ellens* (1872), 8 Moo. N.S. 398; 17 E.R. 361 (C.P.); *Heinrich Bjorn, The* (1885), 10 P.D. 44 (C.A.); *Hamilton v. Baker. The «Sara»* (1889), 14 A.C. 209 (C.L.); *Dictator, The*, [1892] P. 304 (P.D.); *Ripon City, The*, [1897] P. 226 (P.D.); *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (C.L.); *Gemma, The*, [1899] P. 285 (C.A.); *Dupleix, The*, [1912] P. 8 (P.D.). Plus tard au cours du siècle dernier, dans l'arrêt *Tolten, The*, [1946] P. 135 (C.A.), le lord juge Scott a décrit le privilège maritime (page 144) [TRADUCTION] «comme l'un des premiers principes du droit international public de la mer qui a une incidence profonde». Le principe énoncé dans l'arrêt *The Bold Buccleugh* a été adopté au Canada: voir, p. ex., *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; *Goodwin Johnson v. The Ship (Scow) A.T. & B. No. 28*, [1954] R.C.S. 513. Il est évident qu'un privilège maritime constitue non pas un seul droit, mais plutôt un ensemble de droits.

[24] Lorsqu'il s'est prononcé en faveur de Petromar, le juge de première instance a établi une distinction entre le droit maritime américain et celui du Canada qui s'applique à la question. Tel qu'il est mentionné plus

unlike that of Canada, a maritime lien for necessities exists. The term “necessaries” includes marine lubricants supplied to a vessel. This right to a maritime lien for necessities is currently provided for in the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31301-31343 (1994), particularly section 31342 which reads:

§ 31342. Establishing maritime liens

(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a person providing necessities to a vessel on the order of the owner or a person authorized by the owner —

- (1) has a maritime lien on the vessel;
- (2) may bring a civil action in rem to enforce the lien; and
- (3) is not required to allege or prove in the action that credit was given to the vessel.

(b) This section does not apply to a public vessel.

It will be noticed that by these provisions the lien is intended to attach whether the necessities are supplied on the order of the vessel owner or of a person authorized by the owner.

[25] The Trial Judge noted and the parties agreed that Canadian maritime law does not recognize a maritime lien for necessities. This is apparent from an examination of the relevant provisions of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. While subsection 22(2) of that Act lists various matters over which the Federal Court is granted jurisdiction, the Court’s jurisdiction *in rem* over claims included in section 22 is, by subsection 43(3), so limited that a claim “in respect of goods, materials or services . . . supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship” provided for in paragraph 22(2)(m), cannot be enforced in an action *in rem* “unless, at the time of the commencement of the action, the ship . . . that is the subject of the action is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose”. The result in law is that an unpaid supplier of goods to a

haut, un privilège maritime existe à l’égard des approvisionnements nécessaires selon le droit maritime des États-Unis, mais non selon les règles correspondantes du Canada. L’expression «approvisionnements nécessaires» comprend les lubrifiants maritimes fournis à un navire. Ce droit à un privilège maritime au titre des approvisionnements nécessaires est actuellement reconnu dans la loi intitulée *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31301-31343 (1994), notamment au paragraphe 31342, qui est ainsi libellé:

[TRADUCTION]

§ 31342. Création des privilèges maritimes

(a) Sous réserve de l’alinéa (b) du présent article, une personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire sur l’ordre du propriétaire ou d’une personne autorisée par celui-ci —

- (1) possède un privilège maritime sur le navire;
- (2) peut engager une action civile réelle pour faire valoir le privilège;
- (3) n’est pas tenue d’alléguer ou de prouver dans l’action qu’une avance a été consentie au profit du navire.

(b) Le présent article ne s’applique pas à un navire public.

Une lecture de ces dispositions indique que le privilège doit grever le navire, que les approvisionnements nécessaires soient fournis sur l’ordre du propriétaire du navire en question ou d’une personne autorisée par celui-ci.

[25] Le juge de première instance a souligné et les parties ont admis que le droit maritime canadien ne reconnaît aucun privilège maritime au titre des approvisionnements nécessaires. C’est ce qui ressort d’un examen des dispositions pertinentes de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985) ch. F-7. Bien que le paragraphe 22(2) de cette Loi énumère différentes questions qui relèvent de la compétence de la Cour fédérale, le paragraphe 43(3) restreint la compétence en matière réelle prévue à l’article 22 de telle sorte qu’une demande «relative à des marchandises, des matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien», suivant l’alinéa 22(2)m), ne peut être satisfaite dans une action réelle «que si, au moment où l’action est intentée, le véritable propriétaire du navire [. . .] est le même qu’au moment du fait générateur». Il s’ensuit, en droit, que la personne qui a fourni des

vessel cannot claim the benefit of a maritime lien against the vessel. Instead, such a person is left to bring an action *in rem* against the vessel provided its beneficial ownership has not changed between the date the cause of action arose and the date the action is commenced, or to pursue the debtor in an action *in personam* in this Court or elsewhere. The case law both in England and in Canada is clearly to the effect that a supplier of necessities is not entitled to a maritime lien but only to a statutory right *in rem* which is sometimes referred to as a "statutory lien". That law is conveniently summarized in *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 12; *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)* [1990] 1 F.C. 199 (C.A.).

[26] It seems clear from *The Bold Buccleugh*, *supra*, and, indeed, as the Trial Judge pointed out, a maritime lien arises not from contract but from operation of law in respect of a limited number of claims under Canadian maritime law. These include claims for damage, for seamen's or master's wages or remuneration or for salvage services. The opportunity of such claimants to enforce a maritime lien is recognized by paragraphs 22(2)(d), (j) and (o) of the *Federal Court Act* read together with subsection 43(3) thereof. A maritime lien for claims of this nature arises by operation of law rather than from the fact that they may originate either in tort or in contract.

[27] The courts of the United States have recognized that the lien arises by operation of law. Thus in *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F. 2d 363 (5th Cir. 1981), *certiorari* denied, 457 U.S. 1119 (1982), involving a claim in an action *in rem* by a supplier (Gulf) of bunker fuel oil and a time charterer (Multinational) for the benefit of a Norwegian ship, Circuit Judge Brown stated at page 366:

Gulf's claim to a maritime lien in the Vessel arises by operation of law rather than by contract because the Vessel's owner was not a party to the contract between Gulf and Multinational. . . . The present controversy, and the validity of the maritime lien imposed upon the Vessel, is broader than the

marchandises à un navire sans avoir été payée ne peut invoquer un privilège maritime contre le navire. Elle devra plutôt intenter une action *in rem* contre le navire, pourvu que le véritable propriétaire de celui-ci n'ait pas changé entre la date de la naissance du droit d'action et la date à laquelle l'action est engagée, ou poursuivre le débiteur dans une action personnelle devant la Cour fédérale ou ailleurs. Il appert nettement de la jurisprudence tant anglaise que canadienne que le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ne peut invoquer un privilège maritime, mais uniquement un droit réel d'origine législative qui est parfois appelé «privilège d'origine législative». Cette règle a l'avantage d'être résumée dans les arrêts *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 12; et *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.).

[26] Comme l'indique clairement l'arrêt *The Bold Buccleugh*, précité, et comme le juge de première instance l'a effectivement souligné, le privilège maritime naît non pas d'un contrat, mais de l'application de la loi relativement à un nombre restreint de réclamations fondées sur le droit maritime canadien, y compris les demandes d'indemnisation pour dommages et pour sauvetage et les demandes relatives au salaire ou à toute autre forme de rémunération du marin ou du capitaine. La possibilité qu'ont ces personnes de faire valoir un privilège maritime est reconnue aux alinéas 22(2)d), j) et o) de la *Loi sur la Cour fédérale*, lus de concert avec le paragraphe 43(3) de cette même Loi. Le privilège maritime relatif aux demandes de cette nature découle de l'effet de la loi plutôt que d'un délit ou d'un contrat.

[27] Les tribunaux des États-Unis ont reconnu que le privilège découle de l'effet de la loi. Ainsi, dans l'arrêt *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F. 2d 363 (5th Cir. 1981), *certiorari* refusée, 457 U.S. 1119 (1982), qui concernait une action réelle intentée par un fournisseur (Gulf) de combustible de soute et un affréteur à temps (Multinational) au profit d'un navire norvégien, le juge Brown, de la Cour de circuit, s'est exprimé comme suit à la page 366:

[TRADUCTION] La réclamation de Gulf d'un privilège maritime contre le navire trouve son origine dans le droit applicable plutôt que dans le contrat, étant donné que le propriétaire du navire n'était pas partie au contrat entre Gulf et Multinational. [. . .] La controverse en l'instance, ainsi que la validité du

failure . . . to pay for the necessities provided to the Vessel.

Earlier, in *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2d Cir. 1973), Circuit Judge Anderson remarked, at page 1026:

But maritime liens arise separately and independently from the agreement of the parties, and rights of third persons cannot be affected by the intent of the parties to the contract. . . .

It would appear as well that by the maritime law of the United States, a maritime lien possesses the same general characteristics as those which were identified by the Privy Council in *The Bold Buccleugh*. See e.g. *Cardinal Shipping Corp. v. M/S Seisho Maru*, 744 F.2d 461 (5th Cir. 1984), at page 466 and the cases and textwriters cited therein and, in particular, G. Gilmore and C. Black, *The Law of Admiralty*, 2nd ed. (Foundation Press: New York, 1975), at page 595. See also F. Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800: An English Study with American Comparisons* (University Press: Cambridge, 1970), at pages 155-169.

Conflict of laws principles

[28] An important point *in limine* is in discovering relevant Canadian conflict of law principles for determining whether the substantive law of Canada or of the United States is to be applied in determining whether Petromar is entitled to a maritime lien under the law of the United States or merely to a statutory right *in rem* against the vessels under Canadian maritime law. No Canadian case has been drawn to our attention in which the proper law of a maritime lien was determined. In J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), at paragraph 448, the learned author commented as follows with reference to conflict rules for determining the proper law of contract:

448. Scope of the doctrine of the proper law

The proper law of the contract governs most contractual issues. The proper law may be determined in three ways: (1) by express selection by the parties; (2) by selection inferred from

privilege maritime s'attachant au navire, est plus large que le défaut de Multinational de payer pour les approvisionnements nécessaires livrés au navire.

Précédemment, dans l'arrêt *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2d Cir. 1973), le juge de la Cour de circuit Anderson avait fait remarquer ce qui suit à la page 1026:

[TRADUCTION] Cependant, les privilèges maritimes naissent séparément et indépendamment de l'accord intervenu entre les parties et les droits des tierces parties ne peuvent être touchés par l'intention des parties au contrat [. . .]

Il semblerait également que, selon le droit maritime des États-Unis, le privilège maritime possède les mêmes caractéristiques générales que celles qu'a énumérées le Conseil privé dans l'arrêt *The Bold Buccleugh*. Voir, p. ex., *Cardinal Shipping Corp. v. M/S Seisho Maru*, 744 F.2d 461 (5th Cir. 1984), à la page 466, ainsi que les arrêts et ouvrages qui y sont cités, notamment G. Gilmore et C. Black, *The Law of Admiralty*, 2^e éd. (Foundation Press: New York, 1975), à la page 595. Voir également F. Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice Since 1800: An English Study with American Comparisons* (University Press: Cambridge, 1970), aux pages 155 à 169.

Principes régissant les conflits de lois

[28] Il importe d'abord de déterminer les principes canadiens relatifs aux conflits de lois qui sont pertinents quant à la question de savoir si c'est le droit positif du Canada ou celui des États-Unis qu'il faut appliquer pour décider si Petromar a droit à un privilège maritime en vertu du droit des États-Unis ou simplement à un droit réel d'origine législative contre les navires en vertu du droit maritime canadien. Aucune décision canadienne dans laquelle les règles de droit régissant le privilège maritime ont été énoncées n'a été portée à notre attention. Dans son ouvrage intitulé *Canadian Conflict of Laws*, (4^e éd.) (Toronto: Butterworths, 1997), J.-G. Castel formule les commentaires suivants au paragraphe 448 au sujet des règles de conflit qui servent à déterminer la loi applicable au contrat:

[TRADUCTION]

448. Portée de la doctrine de la loi applicable

La loi applicable au contrat régit la plupart des questions d'ordre contractuel. La loi applicable peut être déterminée de trois façons: 1) par l'examen du choix explicite fait par les

the circumstances; or failing either of these, (3) by judicial determination of the system of law with which the transaction has the closest and most real connection. Actually, it would be better to consider two possibilities only: where there is an express selection and where there is no express selection. The distinction between express selection and inferred selection is artificial. If the parties had wished to select the proper law they would have done so. Furthermore, except, perhaps, for the *lex validitatis*, the factors which are taken into consideration in determining the inferred proper law are the same as those that will enable the court to select the system of law with which the transaction has its closest and most real connection. [Emphasis added; footnote omitted.]

Later, at paragraph 452, the learned author added:

452. No express or inferred choice of the proper law

Where the parties have not expressed a choice as to the proper law and no such choice can be inferred, the proper law of their contract is the system of law with which the transaction has the closest and most real connection. In such a case the court does not seek to find some presumed or fictitious intention of the parties, but rather holds the contract to be governed by the system of law with which it is most closely and really connected, for that is what it is presumed that reasonable business persons would have decided.

In determining with which system of law the transaction is most closely and really connected, the court should look at all the circumstances.

Whilst firm rules cannot be laid down, it is clear that the court will look at such factors as the place of contracting, the place of performance, the place of residence or business of the parties, and the nature and subject-matter of the contract. When the place of contracting is the same as the place of performance, the court may find it practically impossible to apply any other law to the contract. In that case it seems obvious that the state or province where these two events have occurred is most interested in having its system of law applied to issues arising under the contract. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[29] This approach is consistent with that taken by the Supreme Court of Canada in *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, where Ritchie J. stated at page 448:

parties; 2) par l'examen du choix pouvant être déduit des circonstances; 3) par la détermination judiciaire du régime de droit avec lequel la transaction a le lien le plus étroit et le plus réel. Effectivement, il serait préférable d'envisager deux possibilités seulement: le cas où les parties ont fait un choix explicite et le cas où les parties n'en ont pas fait. La distinction entre le choix explicite et le choix tacite est artificielle. Si les parties avaient désiré choisir la loi applicable, elles l'auraient fait. De plus, sauf en ce qui a trait au principe de la *lex validitatis*, les facteurs à prendre en compte pour déterminer la loi implicitement choisie sont ceux-là même qui permettront au tribunal de choisir le régime de droit avec lequel la transaction a son lien le plus étroit et le plus réel. [Non souligné à l'original; note de bas de page omise.]

Plus loin, au paragraphe 452, l'auteur ajoute les commentaires suivants:

[TRADUCTION]

452. Absence de choix explicite ou tacite de la loi applicable

Lorsque les parties n'ont exprimé aucun choix au sujet de la loi applicable et qu'aucun choix de cette nature ne peut être déduit, la loi applicable à leur contrat est celle du régime de droit avec lequel la transaction a le lien le plus étroit et le plus réel. En pareil cas, le tribunal ne cherche pas à déterminer une intention présumée ou fictive des parties, mais statue plutôt que le contrat est régi par le régime de droit avec lequel il a son lien le plus étroit et le plus réel, car c'est probablement ce que des gens d'affaires raisonnables auraient décidé.

Pour déterminer le régime de droit avec lequel la transaction a le lien le plus réel et le plus étroit, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances.

Bien qu'aucune règle ferme ne puisse être établie, il est indubitable que le tribunal examinera des facteurs comme l'endroit où le contrat a été signé, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de résidence ou des activités commerciales des parties ainsi que la nature et l'objet du contrat. Lorsque l'endroit où le contrat a été signé est le même que celui où il a été exécuté, le tribunal jugera peut-être qu'il est impossible en pratique d'appliquer une autre loi au contrat. En pareil cas, il semble évident que l'État ou la province où ces deux événements se sont produits est le plus intéressé à faire en sorte que son régime de droit soit appliqué aux questions découlant du contrat. [Non souligné à l'original; notes de bas de page omises.]

[29] Cette approche est compatible avec celle que la Cour suprême du Canada a adoptée dans l'arrêt *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, où le juge Ritchie s'est exprimé comme suit à la page 448:

It now appears to have been accepted by the highest Courts in England that the problem of determining the proper law of a contract is to be solved by considering the contract as a whole in light of all the circumstances which surround it and applying the law with which it appears to have the closest and most substantial connection.

This test was adopted by the Privy Council in *Bonython v. Commonwealth of Australia*, where Lord Simonds said at p. 219:

. . . the substance of the obligation must be determined by the proper law of the contract, *i.e.*, the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction had its closest and most real connexion.

This approach to the problem was restated in the House of Lords in *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, *per* Lord Denning at p. 1068 and Lord Morris of Borth-y-Gest at p. 1081.

The many factors which have been taken into consideration in various decided cases in determining the proper law to be applied, are described in the following passage from Cheshire on Private International Law, 7th ed., p. 190:

The court must take into account, for instance, the following matters: the domicile and even the residence of the parties; the national character of a corporation and the place where its principal place of business is situated; the place where the contract is made and the place where it is to be performed; the style in which the contract is drafted, as, for instance, whether the language is appropriate to one system of law, but inappropriate to another; the fact that a certain stipulation is valid under one law but void under another; . . . the economic connexion of the contract with some other transaction; . . . the nature of the subject matter or its *situs*; the head office of an insurance company, whose activities range over many countries; and, in short, any other fact which serves to localize the contract. [Emphasis added.]

See also *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.), and [affirmed] on appeal (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2001] 3 F.C. 41 (T.D.).

Choice of law test

[30] Before the Trial Judge and again in this Court, the appellant urged that the “closest and most substantial connection” choice of law test alluded to by Castel, *supra*, and in the British and Canadian jurisprudence with respect to the proper law of contract, should be

[TRADUCTION] Les plus hauts tribunaux d’Angleterre semblent désormais admettre que, pour déterminer la loi applicable à un contrat, il faut examiner celui-ci dans son ensemble à la lumière de toutes les circonstances qui l’entourent et appliquer le régime de droit avec lequel il semble avoir son lien le plus étroit et le plus important.

Le Conseil privé a adopté ce critère dans l’arrêt *Bonython v. Commonwealth of Australia*, où lord Simonds a formulé les remarques suivantes à la page 219:

[. . .] la substance de l’obligation doit être déterminée en fonction de la loi applicable au contrat, soit le régime de droit au regard duquel le contrat a été conclu ou celui avec lequel la transaction avait son lien le plus étroit et le plus réel.

Dans l’arrêt *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, lord Denning et lord Morris of Borth-y-Gest ont réitéré ce raisonnement respectivement aux p. 1068 et 1081.

Les nombreux facteurs qui ont été pris en compte dans différentes décisions concernant la loi applicable sont décrits dans l’extrait suivant de l’ouvrage de Cheshire intitulé *Private International Law*, 7th ed., à la page 190:

Le tribunal doit tenir compte, par exemple, des éléments suivants: le domicile et même la résidence des parties; la nature nationale d’une société et l’endroit où son principal établissement se trouve; l’endroit où le contrat est signé et celui où il doit être exécuté; le style dans lequel le contrat est rédigé, notamment la question de savoir si la langue convient à un régime de droit donné, mais non à un autre, le fait qu’une certaine stipulation est valable selon une loi mais nulle selon une autre; [. . .] le lien économique du contrat avec une autre transaction; [. . .] la nature de l’objet ou son emplacement; le siège social d’une compagnie d’assurance dont les activités sont poursuivies dans plusieurs pays et, bref, tout autre fait permettant de localiser le contrat. [Non souligné à l’original.]

Voir également *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), et, [confirmé] en appel (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.); *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2001] 3 C.F. 41 (1^{re} inst.).

Critère relatif au choix de la loi applicable

[30] Devant le juge de première instance et à nouveau devant nous, l’appelante a soutenu que le critère du «lien le plus étroit et le plus important» dont il est fait mention dans l’ouvrage de Castel, précité, ainsi que dans la jurisprudence britannique et canadienne au sujet de la loi

applied here. In my view, the Trial Judge was correct in selecting that test. Moreover, such an approach is favoured by maritime conflict of laws textwriters: see e.g. W. Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil & Maritime* (Montreal: Blais, 1994), at page 596. Further, in *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, at page 1254, Ritchie J. cited with approval on the following passage in *Cheshire's Private International Law*, 8th ed. (London: Butterworths, 1970), at page 676, as correctly summarizing the law of England:

Where, for instance, two or more persons prosecute claims against a ship that has been arrested in England, the order in which they are entitled to be paid is governed exclusively by English Law.

In the case of a right *in rem* such as a lien, however, this principle must not be allowed to obscure the rule that the substantive right of the creditor depends upon its proper law. The validity and nature of the right must be distinguished from the order in which it ranks in relation to other claims. Before it can determine the order of payment, the court must examine the proper law of the transaction upon which the claimant relies in order to verify the validity of the right and to establish its precise nature. When the nature of the right is thus ascertained the principle of procedure then comes into play and ordains that the order of payment prescribed by English law for a right of that particular kind shall govern. [Emphasis added.]

[31] There is no dispute that the *Lauritzen* factors as supplemented and applied by the courts in the United States should be considered and weighed in determining whether the transactions have “the closest and most substantial connection” to the substantive law of Canada or of the United States. It would seem helpful to take those factors into account despite the fact that they have been prescribed by the United States Supreme Court whose judgments are not binding on Canadian courts. In *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Larocque*, [1942] S.C.R. 205, at page 239, Rinfret J. made clear, however, that although decisions of the United States Supreme Court are not binding in this country, “they are, it need hardly be stated, entitled to the greatest respect”. While generally the decisions of the lower courts of that country are not entitled to the same respect here, in the present case involving a question of

applicable au contrat devrait être retenu en l’espèce. À mon avis, le juge de première instance a eu raison d’appliquer ce critère. De plus, cette interprétation est celle que privilégient les auteurs d’ouvrages portant sur les conflits de lois dans le domaine maritime: voir, p. ex., W. Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil & Maritime* (Montréal: Blais, 1994), à la page 596. Par ailleurs, dans l’arrêt *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248, à la page 1254, le juge Ritchie a cité avec approbation l’extrait suivant de l’ouvrage *Cheshire's Private International Law* (8^e éd.) (Londres: Butterworths, 1970), qui, selon lui, résume correctement le droit en vigueur en Angleterre (page 676):

[TRADUCTION] Lorsque, par exemple, deux personnes ou plus poursuivent des réclamations contre un navire qui a été saisi en Angleterre, l’ordre selon lequel elles ont le droit d’être payées est régi exclusivement par le droit anglais.

Dans le cas d’un droit *in rem* tel qu’un privilège, il ne faut pas, cependant, permettre à ce principe de voiler la règle que le droit fondamental du créancier est fondé sur le droit applicable. Il faut faire la distinction entre la validité et la nature du droit et le rang qu’il occupe parmi les autres réclamations. Avant de pouvoir déterminer l’ordre des paiements, la cour doit étudier le droit applicable à l’acte qu’invoque le réclamant, aux fins de vérifier la validité du droit réclamé et sa nature exacte. Une fois la nature du droit ainsi établie, le principe de la procédure entre alors en jeu et décrète qu’il faut adopter l’ordre de paiement que le droit anglais prescrit à l’égard d’un droit de cette catégorie particulière. [Non souligné à l’original.]

[31] Il est indéniable que, pour décider si les transactions ont leur «lien le plus étroit et le plus important» avec le droit positif du Canada ou avec celui des États-Unis, il est nécessaire d’examiner et de soupeser les facteurs énumérés dans l’arrêt *Lauritzen* et complétés et appliqués par les tribunaux américains. Il semblerait utile de tenir compte de ces facteurs, même s’ils ont été énoncés par la Cour suprême des États-Unis, dont les jugements ne lient pas les tribunaux canadiens. Dans l’arrêt *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Larocque*, [1942] R.C.S. 205, à la page 239, le juge Rinfret a dit clairement que, même si les décisions de la Cour suprême des États-Unis ne lient pas les tribunaux du Canada, [TRADUCTION] «il est indéniable qu’elles méritent le plus grand respect». Bien que, de façon générale, les décisions rendues par les tribunaux inférieurs des États-Unis n’aient pas droit au

United States substantive law, it would seem unwise to totally ignore the jurisprudence of those courts especially here with respect to choice of law in claims for a maritime lien for necessities supplied in Canada pursuant to contracts made in the United States.

[32] The present case is not to be confused with a long line of Canadian cases to the general effect that a maritime lien created by the law of the United States for necessities furnished or supplied to a vessel in that country will be recognized and enforced in an action *in rem* in Canada: *The Strandhill*, *supra*; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, *supra*; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345 (C.A.); *Marlex Petroleum Inc. v. Har Rai (The)*, [1987] 1 S.C.R. 57. These cases stand in stark contrast to the decision of the Privy Council in *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (P.C.), which held that the proper law of a contract for repairs to a ship is the law of England where the action was commenced and not of the law of the United States where the repairs were made.

[33] As has been noted, the Trial Judge viewed the decisions of the Trial Division in the *Atlantis Two*, *supra*, as determinative of the choice of law issue. The *Atlantis Two* was arrested while lying at anchor at Vancouver in respect of various claims *in rem*. Among these claims was a claim for necessities supplied to the vessel in Australia and Vancouver, f.o.b. Houston, Texas. Another was for necessities supplied to the vessel at Vancouver by a Norwegian firm acting through its American agent. The learned Prothonotary at Vancouver determined on the evidence that no maritime lien under United States law arose for the necessities supplied from Houston, Texas. On appeal, however, Rouleau J. found some evidence in the record to the effect that the necessities were actually supplied to the vessel and accordingly allowed the supplier's claim for a maritime lien under the maritime law of the United States. In determining whether to recognize a maritime lien under the law of that country for the necessities supplied through an American agent at Vancouver, the Prothonotary was guided by expert evidence of the law of that country with respect to a maritime lien for the

même respect au Canada, il semblerait illogique, dans la présente affaire qui concerne une question relevant du droit positif américain, de les ignorer totalement, surtout en ce qui concerne le choix de la loi applicable aux revendications de privilège maritime à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis au Canada conformément à des contrats signés aux États-Unis.

[32] Il ne faut pas confondre la présente affaire avec une longue série de décisions canadiennes portant généralement que le privilège maritime créé par la loi des États-Unis à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis à un navire dans ce pays sera reconnu et exercé dans une action réelle au Canada: *The Strandhill*, précité; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, précité; *Marlex Petroleum Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345 (C.A.); *Marlex Petroleum Inc. c. Har Rai (Le)*, [1987] 1 R.C.S. 57. Ces décisions vont tout à fait à l'encontre de celle que le Conseil privé a rendue dans *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corpn.*, [1981] A.C. 221 (C.P.), où il a statué que la loi applicable à un contrat relatif à l'exécution de travaux de réparation d'un navire est la loi de l'Angleterre, où l'action avait été engagée, et non celle des États-Unis, où les réparations avaient été faites.

[33] Tel qu'il est mentionné plus haut, le juge de première instance estimait que la question du choix de la loi applicable avait été réglée dans les décisions que la Section de première instance a rendues dans l'affaire *Atlantis Two*. Le navire *Atlantis Two* a été saisi relativement à différentes réclamations réelles alors qu'il mouillait au port de Vancouver. Ces réclamations se rapportaient, notamment, aux approvisionnements nécessaires fournis au navire en Australie et à Vancouver, f.a.b. Houston (Texas), et à ceux qui avaient été fournis au navire à Vancouver par une entreprise norvégienne qui agissait par l'entremise de son mandataire américain. Le protonotaire de Vancouver a statué à la lumière de la preuve qu'aucun privilège maritime n'avait été créé en vertu du droit américain au titre des approvisionnements nécessaires fournis depuis Houston (Texas). Cependant, en appel, le juge Rouleau a trouvé dans le dossier certains éléments de preuve indiquant que les approvisionnements nécessaires avaient effectivement été fournis au navire et a donc fait droit à la revendication de privilège maritime du fournisseur en vertu du droit maritime des États-Unis. Pour décider s'il

same. That evidence was to the effect that “a maritime lien arises in favour of a supplier even if the goods and services are provided in a foreign port”. In my view, counsel for the appellant quite properly points out that nowhere in the *Atlantis Two* decisions was an attempt made to determine the choice of law issue. Instead, the Court appears to have rested its decisions on the expert evidence adduced without first considering whether the rights of the claimants were to be determined according to the substantive law of the United States or of some other country. Thus the case cannot be viewed as determinative on choice of United States law over that of Canadian or some other law.

[34] Policy considerations such as these have not escaped the notice of courts in the United States. Thus the Supreme Court of the United States in *Hellenic Lines Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306 (1970) stated at page 309:

The significance of one or more factors must be considered in light of the national interest served by the assertion of [United States] jurisdiction.

This view was expanded upon by Circuit Judge Kennedy (as he then was) in *Gulf Trading & Transp. Co. v. M/V Tonto*, 694 F.2d 1191 (9th Cir. 1982), *certiorari* denied, 103 S. Ct. 2091 (1983), where he observed at page 1194:

Though we have not ruled on the appropriate approach for choice of law in the context of maritime liens, to hold that the choice of law in such cases is controlled by the significance of multiple contacts is consistent with our previous holdings, both in maritime cases involving other types of disputes and in non-maritime contract choice of law cases. A single contact approach would run counter to an important principle, which is the desirability, even the necessity, of accommodating the legitimate interests of separate sovereignties in vindicating their own legal policies. *Lauritzen*, 345 U.S. at 582, 73 S.Ct. at 928. This principle is of special import in admiralty, where international relations are delicate.

y avait lieu de reconnaître un privilège maritime en vertu du droit des États-Unis à l'égard des approvisionnements nécessaires fournis par l'entremise d'un mandataire américain à Vancouver, le protonotaire s'est fondé sur la preuve d'expert présentée au sujet du droit en vigueur dans ce pays relativement à un privilège maritime s'y rapportant. Selon cette preuve, [TRADUCTION] «un privilège maritime est créé en faveur d'un fournisseur même si les biens et services sont fournis dans un port étranger». À mon avis, l'avocat de l'appelante souligne à juste titre que la question du choix de la loi applicable n'a nullement été examinée dans les décisions rendues dans l'affaire *Atlantis Two*. La Cour semble plutôt s'être fondée sur le témoignage d'expert présenté sans d'abord se demander si les droits des demandeurs devaient être tranchés selon le droit positif des États-Unis ou celui d'un autre pays. L'affaire ne peut donc être considérée comme une décision qui règle la question quant au choix de la loi des États-Unis plutôt que celle du Canada ou d'un autre ressort.

[34] Des considérations de principe semblables n'ont pas échappé à l'attention des tribunaux aux États-Unis. Ainsi, dans *Hellenic Lines Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306 (1970), la Cour suprême des États-Unis a formulé les commentaires suivants à la page 309:

[TRADUCTION] L'importance d'un facteur doit être examinée à la lumière de l'intérêt national desservi par l'exercice de la compétence [des États-Unis].

Plus tard, dans l'arrêt *Gulf Trading & Transp. Co. v. M/V Tonto*, 694 F.2d 1191 (9th Cir. 1982), *certiorari* refusée, 103 S. Ct. 2091 (1983), le juge Kennedy (alors juge de la Cour de circuit) a élargi la portée de ces remarques à la page 1194:

[TRADUCTION] Même si nous n'avons pas déterminé la norme à retenir au sujet du choix de la loi applicable dans le contexte des privilèges maritimes, l'affirmation selon laquelle le choix de la loi applicable en pareil cas dépend de l'importance de plusieurs facteurs de rattachement est compatible avec nos décisions antérieures, tant dans les affaires maritimes portant sur d'autres types de controverses que dans les affaires non maritimes concernant le choix de la loi applicable. L'utilisation d'un seul facteur de rattachement irait à l'encontre d'un principe important, selon lequel il est souhaitable, voire nécessaire, d'accommoder les intérêts légitimes des différentes souverainetés qui font valoir leurs propres politiques juridiques. Arrêt *Lauritzen*, 345 U.S., page 582, 73 S.Ct., à la page 928. Ce principe revêt une

I agree that the need to accommodate legitimate state interests must be kept in mind in weighing and assessing the various connecting factors.

Law governing the transactions

[35] The Trial Judge considered the contracts between Star and Petromar and between Petromar and ECI for supply of the marine lubricants to the vessels to be the most significant connecting factor. As has been noted, the parties to those contracts were American and the law of the United States was made applicable to issues of construction, validity and performance. The appellant was not, however, a party to either contract. Nor was Socanav. The first of these contracts was entered into between Petromar and Star, the vessel's manager. However, the record does not reveal whether Star contracted with Petromar on behalf of Socanav or on its own behalf. That contract between Star and Socanav is simply not in evidence. This is not a case where Star was itself in possession of the vessels such that Petromar was entitled to rely on presumed authority to bind the appellant: *Goodwin Johnson, supra*. As has been noted, if, on the other hand, the connecting factors linked the transactions to United States law, a maritime lien would attach regardless of lack of possession if in fact Star was authorized to order the marine lubricants. Although the agreement between Socanav and Star is not in evidence, it would seem logical to infer that Star was in fact authorized by the charterer to order the marine lubricants in issue given that the vessel owner placed responsibility for procuring necessaries on the charterer under the terms of the charter parties. Even assuming that to be so, the question remains whether the factors under consideration point to the United States or to Canada as the country with which the transactions had the closest and most substantial connection.

[36] The appellant submits that while all relevant factors are to be weighed and valued, the place where the

importance spéciale en matière d'amirauté, compte tenu de la nature délicate des relations internationales dans ce domaine.

Je conviens qu'il faut tenir compte de la nécessité d'accommoder les intérêts légitimes des États au moment de soupeser et d'évaluer les différents facteurs de rattachement.

Loi régissant les transactions

[35] De l'avis du juge de première instance, les contrats conclus entre Star et Petromar et entre Petromar et ECI à l'égard de la fourniture de lubrifiants maritimes aux navires constituaient le facteur de rattachement le plus important. Tel qu'il est mentionné plus haut, les parties à ces contrats étaient américaines et ont convenu que le droit des États-Unis s'appliquerait aux questions d'interprétation, de validité et d'exécution. Cependant, ni l'appelante non plus que Socanav n'étaient parties à ces contrats. Le premier de ces contrats a été conclu entre Petromar et Star, qui s'occupait de la gestion du navire. Cependant, le dossier n'indique pas si Star a conclu un contrat avec Petromar au nom de Socanav ou en son propre nom. Ce contrat intervenu entre Star et Socanav n'a tout simplement pas été produit en preuve. Il ne s'agit pas d'un cas où Star se trouvait elle-même en possession des navires, de telle sorte que Petromar aurait eu le droit de se fonder sur le pouvoir présumé de lier l'appelante: arrêt *Goodwin Johnson*, précité. Tel qu'il a déjà été souligné, si, d'autre part, les facteurs de rattachement liaient les transactions au droit des États-Unis, un privilège maritime existerait, malgré l'absence de possession, dans la mesure où Star était effectivement autorisée à commander les lubrifiants maritimes. Même si l'accord conclu entre Socanav et Star n'a pas été produit en preuve, il semblerait logique de déduire que Star était effectivement autorisée par l'affrètement à commander les lubrifiants maritimes en cause, étant donné que le propriétaire du navire avait confié à l'affrètement la responsabilité liée à l'obtention des approvisionnements nécessaires selon les conditions des chartes-parties. Même si tel était le cas, la question à trancher demeure celle de savoir si les facteurs sous étude indiquent que c'est avec le Canada ou avec les États-Unis que les transactions avaient le lien le plus étroit et le plus important.

[36] L'appelante soutient que, même si tous les facteurs pertinents doivent être soupesés et évalués,

marine lubricants were supplied i.e. Montréal and Sarnia, is the most important connecting factor to be considered in this case. The submission here is that the selection of this factor would provide commercial interests with a simple, certain and straightforward test that could be easily applied in practice. The selection of a single connecting factor without regard to others has been frowned upon by the courts in the United States. Thus in *M/V Tonto*, *supra*, Circuit Judge Kennedy pointed out, at page 1195, that the selection of the place where supplies are furnished to the exclusion of other factors would be "unwise in the maritime context". Here in Canada, too, Professor Tetley has emphasized in *Maritime Liens and Claims*; Montréal: International Shipping Pub., 1985), at pages 527-528, that in the absence of statutory or contractual directions:

... facts and circumstances of the problem ... are "connecting factors" or "contacts" and are the basic "raw materials" of conflict of laws It is these factors that the court uses to link the particular set of circumstances of the case to a particular law. Usually there are many connecting factors to consider. They may be the place of the contract, the place of the delict or tort, the place of carrying out of the contract, the flag of the ship, the nationality of the crew, the domicile of the vessel owners or the domicile of the charterers. All the connecting factors must be ascertained and valued in order to determine the applicable law amongst the laws of the competing states.

I accept that it would be unwise to single out one factor as controlling but, rather, that all connecting factors be considered and evaluated in order for legitimate state interests to be accommodated. To my mind, in the present case the places of delivery in Canada should be accorded somewhat greater weight when viewed in the context of the several other factors connecting the transactions to Canada.

[37] While the Trial Judge was correct in considering and weighing the United States contracts as a factor, and while that factor carries considerable weight, I am not persuaded that it is the most significant factor. Petromar argues however that the selection of that factor amounted to a finding of fact that ought not to be disturbed. I am unable to accept this contention. The facts were agreed to by the parties. They were not in dispute. What gave difficulty was the application of the law to the agreed

l'endroit où les lubrifiants maritimes ont été fournis, soit Montréal et Sarnia, constitue le facteur de rattachement le plus important à prendre en compte en l'espèce. Cet argument revient à dire que la sélection de ce facteur permettrait au milieu des affaires de se fonder sur un critère simple, certain, direct et facile à appliquer. Aux États-Unis, les tribunaux se sont montrés réticents à choisir un seul facteur de rattachement sans tenir compte des autres. Ainsi, dans l'arrêt *M/V Tonto*, précité, le juge Kennedy a souligné, à la page 1195, que la sélection du seul facteur de l'endroit où les approvisionnements sont fournis à l'exclusion des autres facteurs serait [TRADUCTION] «peu judicieuse dans le contexte maritime». Au Canada, le professeur Tetley a souligné lui aussi dans son ouvrage *Maritime Liens and Claims* (Montréal: International Shipping Pub., 1985), à la page 527, qu'en l'absence de directives d'origine législative ou contractuelle,

[TRADUCTION] [. . .] les faits et circonstances du problème [. . .] constituent les «facteurs de rattachement» et les «éléments de base» du conflit de lois [. . .] Ce sont ces facteurs que le tribunal utilise pour relier un ensemble de circonstances à une loi donnée. Habituellement, plusieurs facteurs de rattachement doivent être examinés. Il peut s'agir du lieu du contrat, du lieu du délit, du lieu de l'exécution du contrat, du pavillon arboré par le navire, de la nationalité de l'équipage, du domicile des propriétaires du navire ou du domicile des affrêteurs. Il importe d'établir et d'évaluer tous les facteurs de rattachement afin de déterminer la loi qui s'applique parmi les lois des différents États concernés.

Je reconnais qu'il serait peu judicieux de retenir un seul facteur et qu'il importe d'examiner et d'évaluer tous les facteurs de rattachement afin d'accommoder les intérêts légitimes des États. À mon avis, dans la présente affaire, il y a lieu d'accorder une plus grande importance aux endroits où les produits ont été livrés au Canada, compte tenu des différents autres facteurs rattachant les transactions au Canada.

[37] Même si le juge de première instance a eu raison d'examiner et de soupeser l'importance des contrats américains comme facteur et même si ce facteur a une importance considérable, je ne suis pas convaincu qu'il s'agit du facteur le plus important. Cependant, Petromar fait valoir que la sélection de ce facteur équivalait à une conclusion de fait qui ne devrait pas être modifiée. Je ne puis souscrire à cet argument. Les faits ont été admis de part et d'autre et n'ont pas été contestés. Le problème

facts. The Court was faced with deciding on the basis of the those facts whether the transactions had a closer and more substantial connection to United States substantive law or to Canadian substantive law. This, in my view, involved a question of mixed law and fact rather than one of fact *simpliciter*.

[38] The factors linking the transactions to Canada included vessel registration, flag, ownership, possession in Canada by demise charterer, operation of the vessels from a base in Montréal, and actual supply of the lubricants in Canada. Among these several factors the one that, in my view, is deserving of significant weight is that the operations of Socanav, the demise charterer, was based in Canada at the time the marine lubricants were supplied and it was Canada, where the vessels traded and were based, that was most economically benefited by the lubricants. In the United States, the base of operations of the shipowner was regarded by the Supreme Court in *Hellenic Lines*, *supra*, at page 309, as “another factor of importance” to be assessed. This factor has been weighed ever since in appropriate cases by the courts of that country. Thus in the *M/V Tonto*, *supra*, involving a claim for a maritime lien by an American supplier of fuel oil in Italy by arrangement with the charterer of a Norwegian vessel, Circuit Judge Kennedy stated, at page 1193:

In a subsequent decision, the Supreme Court declared that the factors in the *Lauritzen* were not exhaustive. *Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306, 309, 90 S.Ct. 1731, 1734, 26 L.Ed. 2d 252 (1970). The vessel’s “base of operations,” that is, the shipowner’s centre of management and the location most benefited economically by the business of the vessel, is also relevant. *Id.* at 309, 90 S. Ct. at 1734.

These views were later adopted in a case involving the supply of bunker oil in South Africa by a London based supplier to a vessel whose owners were also based in London: *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985), at page 77.

[39] The base of operations factor was not considered and weighed by the Trial Judge. However, during oral

résidait dans l’application du droit aux faits admis et la Cour avait pour tâche de décider si, à la lumière de ces faits, les transactions avaient un lien plus étroit et plus important avec le droit positif des États-Unis ou avec celui du Canada. À mon avis, il s’agissait là d’une question mixte de droit et de fait plutôt que d’une simple question de fait *simpliciter*.

[38] Les facteurs rattachant les transactions au Canada comprenaient l’immatriculation des navires, le pavillon, la propriété, la possession au Canada par un affrètement à coque nue, l’exploitation des navires depuis une base à Montréal et la fourniture des lubrifiants au Canada. Parmi ces facteurs, celui auquel une importance considérable doit être accordée à mon sens est le fait que l’entreprise de Socanav, l’affrètement à coque nue, était basée au Canada lorsque les lubrifiants maritimes ont été fournis et que c’est le Canada, où les navires étaient basés et exploités, qui était le plus avantageux au plan économique par la fourniture des lubrifiants. Aux États-Unis, dans l’arrêt *Hellenic Lines*, précité, la Cour suprême a jugé, à la page 309, que la base des activités du propriétaire du navire constituait [TRADUCTION] «un autre facteur important» à évaluer. Depuis ce temps, les tribunaux de ce pays ont constamment évalué ce facteur dans les cas pertinents. Ainsi, dans l’arrêt *M/V Tonto*, précité, qui concernait une revendication de privilège maritime par une société américaine qui avait fourni du mazout en Italie conformément à un accord conclu avec l’affrètement d’un navire norvégien, le juge Kennedy a souligné ce qui suit à la page 1193:

[TRADUCTION] Dans une décision subséquente, la Cour suprême a déclaré que les facteurs énoncés dans *Lauritzen* n’étaient pas exhaustifs. *Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306, 309, 90 S.Ct. 1731, 1734, 26 L.Ed. 2d 252 (1970). La «base des activités» du navire, c’est-à-dire le centre de gestion du propriétaire du navire et l’endroit le plus avantageux au plan économique par l’exploitation de celui-ci sont également pertinents. *Id.*, p. 309, 90 S. Ct., p. 1734.

Cette opinion a été adoptée plus tard dans une affaire concernant la fourniture de mazout en Afrique du Sud par un fournisseur basé à Londres à un navire dont les propriétaires étaient également basés à Londres: *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985), à la page 77.

[39] Le juge de première instance n’a pas examiné ni soupesé la base des activités. Toutefois, au cours des

argument on appeal, at the invitation of the bench, counsel addressed this factor. When the factor is weighed with other factors connecting the transactions to Canada, that which connected the transactions to the United States i.e. the supply contracts, seems less substantial. The actual deliveries of the marine lubricants were made in Canada where the vessels were registered, where both the shipowner and the demise charterer had their respective bases of operations and centres of management and where the vessels traded. Although the parties agree that Socanav carried on its business primarily on the Great Lakes, St. Lawrence Seaway and the Canadian East Coast, it is clear from the agreement of January 26, 1993 that Socanav acquired the right under Article 6.1 thereof to provide all of the appellant's transportation requirements of liquid petroleum products in Eastern Canada. The underlying purpose of that agreement, apparently, was to provide for the continuing use of the vessels to that end while the two demise charterparties remained in effect. Nothing in the record suggests that in transporting petroleum products in Eastern Canada the vessels traded into the United States. All of this would suggest that Canada was the location most benefited economically by the business of the vessels. It is probably unnecessary to add that it was not by mere happenstance, mishap or some other fortuitous circumstance that the vessels were supplied in Canada, but more likely because the charterer's base of operations was located here.

DISPOSITION

[40] For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs here and below and would declare that Petromar does not have a maritime lien against the vessels *M/V Le Brave* and *M/V A.G. Farquharson*. I would also dismiss Petromar's action in Court file No. T-2675-97. As the appellant had not filed a statement of Defence in that action or incurred other party and party costs, I would make no order as to costs in that action. As I would allow the appeal, it follows that the cross-appeal should be dismissed with costs.

plaidoiries présentées en appel, les avocats ont formulé des commentaires à ce sujet à la demande de la Cour. Lorsque ce facteur est évalué de concert avec d'autres facteurs rattachant les transactions au Canada, ceux qui reliaient les transactions aux États-Unis, c'est-à-dire les contrats d'approvisionnement, semblent moins importants. Les livraisons de lubrifiants maritimes ont été faites au Canada, où les navires étaient immatriculés, où se trouvaient la base des activités et le centre de gestion du propriétaire des navires et de l'affrèteur à coque nue et où les navires voyageaient. Même si les parties conviennent que Socanav poursuivait ses activités principalement sur les Grands Lacs, sur la Voie maritime du Saint-Laurent et sur la côte est canadienne, il appert clairement de l'accord du 26 janvier 1993 qu'elle a acquis, en vertu de l'article 6.1 de ce même accord, le droit de satisfaire à tous les besoins en produits de pétrole liquide de l'appelante pour les activités de transport de celle-ci dans l'est du Canada. L'objet sous-jacent de cet accord consistait apparemment à assurer une utilisation constante des navires à cette fin tant que les deux chartes-parties demeureraient en vigueur. Aucun élément du dossier ne donne à entendre qu'au cours du transport des produits de pétrole dans l'est du Canada, les navires voyageaient aux États-Unis. Tous ces éléments semblent indiquer que le Canada était l'endroit le plus avantageux au plan économique par l'exploitation des navires. Il n'est probablement pas nécessaire d'ajouter que ce n'est pas par suite d'un accident, d'un événement fortuit ou d'une autre circonstance imprévue que les navires ont été approvisionnés au Canada; cela s'explique probablement davantage par le fait que la base des activités de l'affrèteur se trouvait ici.

DÉCISION

[40] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel, j'accorderais à l'appelante les dépens de l'appel et de première instance et je déclarerais que Petromar ne possède pas de privilège maritime contre les navires *MS Le Brave* et *MS A.G. Farquharson*. Je rejetterais également l'action que Petromar a engagée dans le dossier de la Cour n° T-2675-97. L'appelante n'ayant pas déposé de défense dans cette action ni engagé d'autres frais entre parties, je ne rendrais aucune ordonnance au sujet des dépens dans cette action. Étant donné que j'accueillerais l'appel, il s'ensuit que l'appel incident devrait être rejeté avec dépens.

DÉCARY J.A.: I agree.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: J'y souscris.

¹ (2000), 187 F.T.R. 208 (F.C.T.D.).

¹ (2000), 187 F.T.R. 208 (C.F. 1^{re} inst.).

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of Minister of Health's decision to release information pursuant to request under Access to Information Act—Applicant pharmaceutical company produces natural-source hormone replacement therapy, sold under registered trade-mark "Premarin"—Principal active ingredients family of hormones known as conjugated estrogens—Competitors produce products containing estrogens derived from different sources than Premarin—In 1997 Health Canada proposed to amend Regulations under Food and Drugs Act relating to conjugated estrogens to create single standard applicable to both natural- and synthetic- source conjugated estrogen products—Applicant responded to invitation to make submissions—In 1999 Access to Information and Privacy Office of Health Canada received request for copy of information received since 1997 concerning conjugated estrogen—Health Canada advised applicant that its submissions were considered responsive to request for information—Applicant disputed proposed release of information, but Office not changing position concerning release of requested information—Applicant having no solid information about identity of requesting party, but concerned may be competitor—Application dismissed—(1) Eligibility of requester—Act, s. 4(1) stating every person who is Canadian citizen having right to government information on request—Right extended to all individuals, corporations resident in Canada by extension order—According to affidavit filed by respondent, officer handling request addressed her mind to eligibility of requester and concluded requester eligible under Act to make request—Determination carried out by person responsible for doing so—No evidence irrelevant or improper factors entered into consideration of eligibility of requester—Applicant failed to show determination not meeting "sufficiency of proof"—(2) Substance of application—Purpose of Act stated in s. 2—Interpreted as meaning public access to information should not be frustrated by courts except in clearest of circumstances and burden of persuasion in this regard on party resisting disclosure—Applicant arguing documents for which seeking to prevent disclosure released by

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

it in error to Minister—Moreover, arguing documents intrinsically confidential, commercial information amounting to trade secrets, disclosure of which would cause harm to it, interfere with future contractual and other negotiations—Burden of proof in establishing entitlement to exemption balance of probabilities—Onus on applicant—Applicant seeking to discharge that burden by providing affidavits framed in very general language and based on belief—Affidavit based on personal belief of representative of applicant who could reasonably be expected to have personal knowledge about matters in issue insufficient and not meeting test—When applicant relying on confidentiality as basis for exemption for disclosure, that confidential basis must be objectively shown—Affidavits filed provide no more than speculation as to probable harm—Only general statements amounting merely to bald assertions unsupported by any evidence as to likelihood of material financial loss—To succeed pursuant to s. 20(1)(d) applicant must show obstruction in actual contractual negotiations—Evidence insufficient to support finding under this paragraph—Also, much of information sought to be withheld already in public domain, either as result of prior disclosures made by Office or pursuant to disclosures made in relation to pharmaceutical industry—Public availability of these materials undercutting applicant's broadly based claim for confidentiality—Since documents not confidential in nature and not otherwise within exemptions in s. 20(1), no ground for limiting authorized disclosure by ordering redaction of documents—S. 20(6) allowing release of information which might otherwise be protected under s. 20 if public interest so requires—Public interest not invoked by respondent—Applicant not establishing entitled to exemption against disclosure pursuant to s. 20(1)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 20—Privacy Act Extension Order No. 2, SOR/89-206, s. 2.

WYETH-AYERST CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-19-00, 2002 FCT 133, Heneghan J., order dated 5/2/02, 17 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW**JUDICIAL REVIEW**

Respondent seeking order dismissing judicial review application on grounds of abuse of process, *res judicata*—Lemieux J. ought not to have granted leave to applicant to commence second judicial review application—Proposition supported by authorities, in particular by F.C.A. decision in *Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1998), 132 N.R. 38—Applicant's second leave application ought to have been dismissed—But Lemieux J. granted applicant leave to commence second judicial review application—Not open to Court to disregard decision, dismiss judicial review application on grounds of abuse of process, *res judicata*—Since no appeal from decision granting, refusing leave, Lemieux J.'s decision final—F.C.A. decision in *Canada (Solicitor General) v. Bubla*, [1995] 2 F.C. 680 applied—Court could not review, set aside, directly or indirectly, decision made by Lemieux J. to grant leave to applicant to commence judicial review application—Respondent's motion dismissed.

GUZMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4810-99, 2002 FCT 15, Nadon J., order dated 8/1/02, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD decision rejecting applicant's claim for Convention refugee status, based on credibility findings—Applicant, citizen of Columbia, claimed well-founded fear of persecution arising out of perceived political opinion—Applicant submitting perceived as person reporting guerrillas to police—Application allowed—While high degree of deference should be accorded to credibility findings, here, panel failed to give applicant opportunity to explain perceived inconsistencies, found inconsistencies where none existed, and misconstrued evidence—Furthermore, panel drew unreasonable inferences from evidence.

ESTRADA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5118-00, 2002 FCT 60, Hansen J., order dated 18/1/02, 19 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision finding applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Nigeria, claimed refugee status based on well-founded fear of persecution because of political opinion—Appointed zone regional co-ordinator for Niger-Delta Youth Movement (NDYM), arrested by government military squad, detained for four weeks, escaped by offering bribes, entered United States with false documents—Claim dismissed on question of credibility—Application allowed—Findings of fact made by

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

CRDD to be reviewed on most deferential standard of review, and should only be interfered with if made in perverse or capricious manner or without regard for material before it—Review of principles governing treatment to be given to evidence by CRDD—CRDD entitled to draw adverse inference from applicant's failure to recall names of other important groups operating in Niger-Delta area—Not open to CRDD to make negative credibility finding on basis of applicant's failure to corroborate existence of NDYM, 1998 incident, or deaths of other NDYM workers, as no basis for ignoring presumption of truthfulness—While CRDD entitled to draw negative inference from failure of applicant to set out in PIF important or significant facts, not entitled to draw negative inference on basis of applicant's failure to omit from PIF minor or elaborative details, as CRDD did here—As to plausibility findings, in one instance, CRDD erred by rejecting evidence without explanation; in another instance, finding not based on evidence; in still another instance, no evidentiary basis for CRDD's assumption NDYM should have known of applicant's escape from jail on payment of bribe—Insufficient basis for adverse finding of credibility in CRDD's reasons.

AKHIGBE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5222-00, 2002 FCT 249, Dawson J., order dated 6/3/02, 10 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board (the panel) decision applicant Convention refugee—Respondent, citizen of Angola, claimed refugee status upon arrival in Canada—In 1992, joined the ranks of FLEC, armed movement fighting for independence of Cabinda enclave—From 1992 to 1997, handled transportation of goods and services for FLEC and said to have transported weapons for army and people—Board member concluded respondent not within ambit of exclusion cause defined in Convention, Art. 1F(a) on ground no serious reason for considering claimant committed crime against peace, war crime, or crime against humanity—Application allowed—Standard of proof requiring something more than suspicion or conjecture, but something less than proof on balance of probabilities: *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.)—However, in view of serious consequences for parties, exclusion clauses should be construed restrictively—In *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66 (C.A.), definition of crimes against humanity adopted by Charter of the International Military Tribunal used—Applicant correctly arguing that Board member failed to rule on issue of whether acts committed by FLEC comparable to crimes against humanity—Yet characterization essential to determining subsequently degree of participation or complicity of individual in actions committed by organization—Omission thereof error of law—Since standard of review for errors of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

law correctness, error reviewable by Court— Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Charter of the International Military Tribunal, art. 6c— United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, art. 1F.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. MUTO (IMM-518-01, 2002 FCT 256, Tremblay-Lamer J., order dated 6/3/02, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board (CRDD) excluding applicant from application of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees due to Convention, Art. 1F(a)—Applicant claiming well-founded fear of persecution in Nigeria by reason of perceived political opinion—In 1984, applicant voluntarily joined Nigerian Navy—In July 1985, made report against commanding officer for bringing teenage girls on board ship for sexual purposes in contravention of regulations—As result, applicant arrested, detained in inhumane conditions for three months—Applicant asserting CRDD's overall assessment of evidence patently unreasonable, perverse, capricious—Applicant's experience of being unfairly detained, mistreated, threatened when reported sexual activities of commanding officer, criminal behaviour of another officer's wife, evidenced abuses committed by Nigerian Armed Forces, even against own personnel—Applicant's testimony, together with own experience, establishing requisite knowledge of nature, extent of offences committed by military, navy personnel—CRDD could reasonably conclude on evidence before it applicant active, willing participant in military—CRDD's finding applicant did not disengage from military at earliest prudent opportunity supported by evidence before it—Situation parallel to that considered by Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.)—Like Ramirez, applicant active part of military forces which committed collective, deliberate acts of inhumanity—Harm applicant would have been exposed to for desertion, term of imprisonment, much less than torture, death facing victims of military forces to which adhered—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 F(a).

ARIRI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2111-01, 2002 FCT 251, Dawson J., order dated 6/3/02, 15 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence under independent category—Applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

citizen of China—Graduated with five-year Bachelor of Medicine degree from Shanghai University of Traditional Chinese Medicine—Worked for six years as pharmacologist at Shanghai University—In 1997 undertook PhD studies in medical biochemistry—Visa officer determined applicant not meeting requirements for immigration to Canada upon assessment of her in following NOC categories: microbiologists, chemists, Chinese medical practitioners—NOC stating minimum employment requirements for occupation of microbiologists and cell and molecular biologists including bachelor's degree in biology or related field—Visa officer determined applicant's degree in medicine not containing sufficient biology study—Applicant submitting visa officer not giving proper weight to course took during five-year medical program, many years experience as pharmacologist and courses undertaken as part of PhD studies—Respondent submitting burden on applicant to prove to visa officer's satisfaction that meets requirements set out in NOC—Application allowed—Throughout affidavit, cross-examination visa officer referring to applicant's education as degree in Traditional Chinese Medicine—Transcript from Shanghai University of Traditional Chinese Medicine clearly indicating applicant enrolled in Faculty of Medicine and period of study five years—Only three-year degree required for applicant to receive full credits for university education—Bachelor's degree in biology or related field in Canada can be completed in three years of full-time study—Student need only complete core requirement of mandatory science courses and permitted to enrol in courses in other disciplines in fulfilment of degree requirements—That applicant pursued courses in Traditional Chinese Medicine not evidence degree not in biology or field related to biology—Visa officer's repeated references to applicant's degree as one in Traditional Chinese Medicine underlining concern officer's characterization of applicant's education tainted application of NOC requirements of assessment of application—In *Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 5 Imm. L.R. (3d) 151 (F.C.T.D.) Lemieux J. holding visa officer committed reviewable error by interpreting phrase "related" as meaning "equivalent or substitute"—This holding followed in *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 104 (F.C.T.D.)—Underlining need for contextual analysis that considers nature of applicant's degree on case-by-case basis—Assessment of degree according to title not sufficient—Clear from Lemieux J.'s analysis that "equivalence" not required—Degree of connection or association will suffice—Question herein whether applicant's program of study connected or associated in some way with biology—Applicant's work as pharmacologist at University after graduation and doctoral study in medical biochemistry indicating degree, despite being bachelor degree in medicine, should be scrutinized closely for connection with biology—Flexible assessment of transcript,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

in light of indications, would reveal strong connection to, or association with, field of biology—Officer wrong in requiring applicant have “enough courses in biology in the higher years”—That applicant completed undergraduate degree in field related to biology evidenced by fact foundation courses, i.e. more general courses taken early in program, included biology courses—Also *Zheng, Qi* indicating applicant’s work experience can provide context for visa officer in determination of whether applicant’s degree in “related field” to one required—Cases underlining need for visa officer to approach question of related disciplines in contextual manner—NOC requirements cannot be permitted to be applied so strictly as to effect absurd result—Visa officer based decision on erroneous finding of fact made without regard to material before him.

KE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2171-00, 2002 FCT 104, Hansen J., order dated 29/1/02, 12 pp.)

Humanitarian and Compassionate Considerations

Application for judicial review of decision by immigration officer denying applicant’s request to be approved on humanitarian and compassionate grounds for exemption from requirement to apply for, obtain, immigrant visa prior to coming to Canada as required by Immigration Act, s. 9(1)—Applicant citizen of Jamaica—Submitting immigration officer breached principles of procedural fairness in making determination on basis of credibility finding without conducting interview of applicant—Discretionary decisions of immigration officer on humanitarian, compassionate grounds involve issues of mixed fact and law, to be reviewed on standard of reasonableness *simpliciter*—Standard of review for decisions of immigration officer on questions of pure law correctness—Applicant’s first H&C application based on marriage of convenience, marriage not *bona fide*—Second application must be dealt with on own merits—No evidence other than fact previous marriage not genuine, applicant applied for H&C consideration within one month of marriage to second sponsor to support finding second marriage not genuine—Decision of immigration officer unreasonable, must be set aside—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

BLAKE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-229-01, 2002 FCT 187, O’Keefe J., order dated 25/2/02, 9 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS**

Application for judicial review of decision to approve construction of winter road through Wood Buffalo National

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Park (WBNP) for purpose not related to park management—On May 25, 2001, Parks Canada determined construction of winter road in WBNP would not cause significant environmental impacts, provided mitigation measures implemented—Accordingly, road approved—Mikisew Cree First Nation, members claiming treaty rights to hunt, trap, fish, carry out traditional mode of life in area encompassed by WBNP—Members of Band contending treaty rights impacted by construction of road—Mikisew Cree First Nation Indian Band as defined by Indian Act, Treaty No. 8 First Nation—Whether Minister of Canadian Heritage failed to conduct herself in accordance with fiduciary, constitutional duties in Mikisew in breach of Constitution Act, 1982, s. 35(1)—In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, S.C.C. set out now well-established test Crown must meet when taking actions under jurisdiction that impact on treaty, aboriginal rights—Intentions of parties in entering into treaty can be adduced from consideration of extrinsic evidence—Ample evidence on which to base finding constitutionally protected treaty right to hunt, trap in WBNP arose out of signing of Treaty No. 8—Whether treaty right to hunt, trap in WBNP extinguished by statute, through “taking up” of lands, “visible incompatible use”, or by regulation—Treaty rights protected from extinguishment by principle Crown must produce evidence of “clear and plain intention” to extinguish treaty right at issue—No clear, plain intention to extinguish Mikisew’s right to trap, hunt in Park in either establishment of WBNP, in temporary regulation of right for conservation purposes—Plain language of Treaty No. 8 revealing only two limitations on right to hunt, trap—Lands of WBNP not “taken up” in manner incompatible with regulated right to hunt, trap by Mikisew—Exercise of right to trap, hunt not incompatible with use of land as national park, particularly with respect to park as large, remote as WBNP—Crown failed to discharge onus to provide evidence of “clear and plain intention” to extinguish treaty rights—Constitutional protection requiring infringement of rights to be justified in accordance with *Sparrow* test—Applicant met *prima facie* infringement branch of *Sparrow* test—Once *prima facie* impact established, onus shifts to Crown to demonstrate impact justifiable—Justification requiring Crown to meet two-stage test: infringement must be related to compelling, substantial government objective, must be consistent with Crown’s role as fiduciary—Winter road proposal adopted to fulfil legislative objective of meeting regional transportation needs—Purpose not sufficiently “compelling and substantial” to justify infringement of constitutionally protected treaty rights—Consultation must be undertaken with genuine intention of substantially addressing First Nation concerns—Not consistent with honour of Crown, in capacity as fiduciary, to fail to consult with First Nation prior to making decision that infringes on constitutionally protected treaty rights—Minister

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

failing to provide meaningful First Nations consultation—Finding of inadequate consultation sufficient to impugn Minister's decision—Minister submitted all possible steps taken to ensure construction, operation of winter snow road would have minimal consequential effect—Mitigation measures attached to Minister's decision not developed in consultation with Mikisew, not designed to minimize impacts on Mikisew's rights—Only one of seven measures listed by respondent Minister speaking directly to issue of minimizing impact on Mikisew's treaty rights—Decision of Parks Canada to approve winter snow road through WBNP not justified infringement of Mikisew's treaty rights as Minister not meeting duty to consult with Mikisew—Application allowed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).

MIKISEW CREE FIRST NATION V. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-1141-01, 2001 FCT 1426, Hansen J., order dated 20/12/01, 77 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

Appeal from Canadian International Trade Tribunal's classification of all-terrain utility vehicles as "other motor vehicles principally designed for the transport of persons" instead of "other tractors" as claimed by appellant—Two types of all-terrain vehicles: recreational and utility—Latter have shaft drives, high-traction tires, four-wheel drive, towing capacity, trailer hitch, reverse gear, stiffer load-bearing suspensions, appliances such as blades, ploughs, 3-point hitches—Appellant argued such characteristics demonstrated constructed essentially for use as tractor for pushing, hauling—Explanatory Notes stating tractors meaning wheeled or track-laying vehicles constructed essentially for hauling or pushing—CITT found appellant failed to show goods in issue "constructed essentially for" pushing or hauling, use as tractor—Found utility ATVs could be used not only as tractors by also as recreational vehicles, although contain design features enabling them to push, haul (functions performed by tractors)—Appeal dismissed—Proper standard of review reasonableness—Utility ATV, while capable of pushing, hauling, also performing other functions beyond those normally associated with tractors—Because most of features of utility ATVs useful for other uses, not unreasonable for CITT to conclude not constructed "essentially" for hauling and pushing appliances or loads—CITT interpreted "constructed essentially" in Explanatory Notes as meaning "going to the essence" or *raison d'être* of vehicle—Such interpretation reasonable—Capacity to perform as tractor not necessitating conclusion vehicle constructed essentially for

CUSTOMS AND EXCISE—Continued

that purpose—CITT canvassed all evidence, interpreted legislation in manner which makes sense, reached decision open to it on evidence—Not unreasonable for CITT to conclude, in this context, "persons" included driver, even though elsewhere in Customs Tariff, Parliament expressly included driver when referring to transport of persons—Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36.

YAMAHA MOTOR CANADA LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-1-01, 2002 FCA 34, Malone J.A., judgment dated 24/1/02, 4 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeal from Trial Division decision ([2001] 1 F.C. 386) finding Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations, s. 3(h) *ultra vires* powers conferred on Minister of Finance by Act to amend the Excise Tax Act, s. 120—Case resulting from elimination of former federal sales tax and introduction, starting on January 1, 1991, of goods and services tax—Parliament authorized rebate of sales tax paid on new products in inventory on January 1, 1991, based on factors prescribed by regulation, as transitional measure—Appellant contending Trial Judge erred in law when concluded enabling Act intended to allow registrants to recover all tax paid on goods in inventory as of January 1, 1991—Whether Regulations, s. 3(h) *ultra vires*—Regulatory power conferred by legislation in question very broad—Power must be interpreted having regard to purpose of Act and purpose of particular provision granting power—Undisputed purpose of Act to avoid double taxation of goods in inventory by rebating tax paid under former Act—Minister of Finance could not relegate treatment of alcoholic beverages to general factor without exceeding power granted by enabling Act and falling into arbitrary action—General factor designed on basis of 13.5 percent tax rate, when tax levied on alcoholic beverages 19 percent—Regulations, s. 3(h) *ultra vires* in so far as applies to alcoholic beverages—S. 3(h) consistent with purpose of Act in relation to virtually all goods to which section applies—However, section *ultra vires* in application to alcoholic beverages because, in case of those products, effect runs counter to both objective of Parliament and purpose of Act—Court must sever Regulations, s. 3(h) and declare it to be *ultra vires* only in so far as applies to alcoholic beverages—In establishing specific factor for alcoholic beverages, Minister of Finance would have had regard to rate of tax applied to those goods under former Act and to uniform method by which those goods marketed—Trial Judge justified in declaring respondent entitled to receive rebate claimed, despite regulatory vacuum resulting from declaration of invalidity—Matter of settled administrative law regulations may not be necessary if legislative intent clear and unequivocal—Appeal dismissed—Federal Sales Tax

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Inventory Rebate Regulations, SOR/91-52, s. 3—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 120 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12).

SOCIÉTÉ DES ALCOOLS DU QUÉBEC V. CANADA (A-571-00, 2002 FCA 69, Noël J.A., judgment dated 22/2/02, 29 pp.)

ENVIRONMENT

Applicants, public interest groups engaged in promoting protection of environment and beneficial management of natural resources, bring three applications for judicial review relative to major oil sands project (Project Millennium) undertaken by Suncor Energy Inc. in northern Alberta—Challenging legality of Minister of Environment's (MOE) decision pursuant to Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) and Minister of Fisheries and Oceans' (MFO) decisions to issue authorization pursuant to Fisheries Act, allowing Suncor to alter or destroy fish habitat for construction or operation of project—Alberta MOE granted leave to participate as intervener on basis of extensive role played by Alberta MOE in overall regulatory process employed by province of Alberta in relation to exploitation and development of natural resources in that province, including oil sands development—Suncor required to prepare formal application for review and approval by Alberta Environment pursuant to Alberta Environmental Protection and Enhancement Act (EAPA) and by Alberta Energy and Utility Board (AEUB) pursuant to Alberta Oil Sands Conservation Act—Suncor prepared single Environmental Impact Assessment as part of project application—AEUB required public hearing into project—Suncor obtained two approvals, by AEUB and Alberta Environmental Protection (AEP) pursuant to Alberta regulatory process—AEUB satisfied if Suncor and all other companies in oil sands region continued to participate in Regional Sustainable Development Strategy (RSDS) and Cumulative Environmental Effects Management Initiative (CEEMI), initiatives could adequately and effectively address regional cumulative environmental effects—Federal environmental process invoked as project required authorization from DFO for harmful alteration, destruction or disruption of fish habitat—Application to DFO comprised of same EIA provided to AEUB—Environmental assessment to be in form of Comprehensive Study Review (CSR) conducted in accordance with requirements of CEAA, s. 16(1), (2)—Clear from CSR that DFO, as responsible authority (RA), as authors of report, acutely aware of initiatives undertaken in Alberta both by government and industry to address environmental effects of oil sands development—CSR containing many references to Alberta initiatives in its consideration of various effects of project—Ultimate action issuance of two authorizations by RA to allow exploratory drilling (August 17, 1999), and to

ENVIRONMENT—Continued

authorize completion of project by Suncor (December 21, 1999)—Applications allowed—Applicants meeting three-part test for award of public interest standing established by SCC in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236—Applicants challenging legality of decisions made by respondent ministers, and this is appropriate forum for such challenge—As to standard of review, to extent MOE's decision based upon interpretation of legislation, applicable standard of review that of correctness—To extent issues relate to exercise of discretion by responsible authority, applicable standard of review that of correctness—Scoping of project matter to be determined in discretion of RA—Decision of MOE to act under either CEAA, s. 23(a) or (b) also discretionary decision within MOE's authority—Assessment of significance in relation to environmental effects also discretionary decision—MOE did take RSDS into account in making her decision and did accept it as constituting mitigation measures—Since CEAA requires MOE to take CSR into account and since CEAA, s. 16 requires RA to consider mitigation measures in preparing CSR, question becomes whether reliance by MOE upon RSDS correct interpretation of requirements of s. 16 or alternatively, reasonable decision made in exercise of discretion—Reliance by MOE upon provincial regulatory powers and initiatives, including RSDS and industry-based initiatives including CEEMI, which are beyond enforcement or control by federal authorities, amounting to misinterpretation of her duty to consider mitigation factors when she reviewed CSR—MOE therefore erred in interpretation of Act—Even if that conclusion wrong, reliance upon processes over which MOE has no control not constituting reasonable exercise of authority or discretion—Nothing in CEAA, s. 12 or elsewhere allowing MOE or any federal RA to discharge their respective obligations by voluntary participation in provincial regulatory processes and initiatives—MFO compounded error of law committed by MOE when authorized issuance of authorizations—Combined effect of CEAA, ss. 17, 20(1), 23(a), 37(1) RA has non-delegatable statutory duty to ensure implementation of mitigation measure—Record showing MFO relied upon mitigation measures proposed and in place for Alberta—Reliance misplaced, and MFO acted unreasonably in issuing authorizations—As to relief, work authorized by authorizations completed by time applications heard—Pointless to make order in nature of prohibition—No benefit in making order to quash MOE's decision as no useful purpose served in doing so—However, declaration issued MOE's decision wrong in law—Declaration MFO's decisions unreasonable and, if any purpose in doing so, should be set aside—Declaration that, should need arise, respondent ministers should take steps to adhere to duties as provided in CEAA—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 17, 20(1), 23(a), 37(1) (as am. by S.C. 1994, c. 46,

ENVIRONMENT—Concluded

s. 3)—Environmental Protection and Enhancement Act, S.A. 1992, c. E-13.3—Oil Sands Conservation Act, S.A. 1983, c. O-5.5.

ENVIRONMENTAL RESOURCE CENTRE v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-274-99, T-1799-99, T-100-00, 2001 FCT 1423, Heneghan J., order dated 20/12/01, 66 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Dividends*

Appeal from T.C.C. Judge's decision ((2000), D.T.C. 2121) vacating assessments issued with respect to taxpayer's 1993, 1994 taxation years on basis not in receipt of deemed dividend pursuant to ITA, s. 84.1—Cross-appeal as to how, if appeal allowed, deemed dividend should be computed—Narrow issue raised by appeal whether reference in ITA, s. 84.1 to s. 186(4) incorporating definition of word "control" in s. 182(2)—Respondent controlling shareholder of Leader Fishing Ltd., corporation carrying on business of fishing—Respondent sold shares of Leader to his children's companies—MNR assessed on grounds that respondent disposed of shares of Leader to each of children's corporations with which not dealing at arm's length, and, immediately after disposition, respondent and children's corporations connected within meaning of ITA, s. 186(4), therefore ITA, s. 84.1(1)(b) deeming each of children's corporations to have paid respondent dividend—Dividends taxable as income from property—T.C.C. Judge held no deemed dividend arose from transaction as taxpayer not connected to purchasers of shares within meaning of ITA, s. 186(4), on basis notion of "control" as defined in ITA, s. 186(2) had no application—Added, *obiter*, that if deemed dividend did arise, ought to be computed by reference to fair market value of notes rather than fair market value of shares—Appeal and cross-appeal allowed—ITA, s. 84.1(1) incorporating notion of "connected" within meaning assigned by ITA, s. 186(4), in turn incorporating notion of "control" within meaning assigned by ITA, s. 186(2)—ITA, s. 84.1 initially designed to forestall stripping of valuation day values—Was and is anti-surplus stripping provision—In 1984, ITA, s. 84.1 expanded to take into account fact tax-free capital gains could be realized by individuals in respect of qualified small business corporations shares—As to cross-appeal, fair market value reflected in D of ITA, s. 84.1(1)(b) not fair market value of subject shares but fair market valued of non-share consideration received by taxpayer for subject shares, here, notes fair market value of which agreed to be \$318,268 and \$104,998 for 1993, 1994 taxation years respectively—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 84.1(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 39(1); c. 32, s. 19(1); 1980-81-82-83, c. 140, s. 49(1); 1986, c. 6, s. 44(1); 1991, c. 49, s. 63(1)), 186(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 11(3)), (4)

INCOME TAX—Concluded

(as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 85(2); c. 32, s. 42(2); 1980-81-82-83, c. 140, 11(4); 1983-84, c. 1, s. 93(2)).

CANADA v. OLSEN (A-421-00, 2002 FCA 3, Noël J.A., judgment dated 14/1/02, 14 pp.)

INDUSTRIAL DESIGN

In action alleging usurpation of rights in industrial design and trade-mark, motion under r. 221 to strike out all or part of statement of defence and counterclaim—Must be clear and manifest all or part of defendant's counterclaim disclosing no reasonable cause of action—Passages in question cite false or misleading statements tending to discredit business, wares or services of TXT (plaintiff alleged that defendant had infringed its industrial design), in breach of Trade-Marks Act, s. 7(a)—Plaintiff arguing that if s. 7(a) to apply, issue must be related exclusively to trade-marks question, but not case here—Motion dismissed—Although provision found in Trade-Marks Act, has already been held to apply to situations involving patents, copyright—Here, Industrial Design Act certainly part of equation said to be covered by s. 7(a) of the Act—Neither clear nor obvious in context of motion that situation involving industrial design cannot, like a situation involving trade-mark, patent or copyright, pertain to and be covered by Trade-Marks Act, s. 7(a)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221—Trade-Marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(a)—Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9.

BENISTI IMPORT-EXPORT INC. v. MODES TXT CARBON INC. (T-1517-01, 2002 FCT 179, Morneau P., order dated 19/2/02, 8 pp.)

MARITIME LAW**CARRIAGE OF GOODS**

Central issue herein whether sea water caused damage to shipment of 240 hot-rolled steel coils weighing 4,510 metric tons purchased by Nova Steel Ltd. through J. B. Multi-National Trade Inc., Canadian steel broker, from Unibros Steel Co., international steel broker based in Cyprus for \$1,668,700—Cargo manufactured in Russia, railed to Riga, Latvia, where off-loaded on dock in port—Loaded on board *Kapitonas Gudin* January 27, 1995, arrived in Montréal February 20/21, 1995—Parties agree applicable law found in Hague-Visby Rules—Action allowed—Plaintiff's evidence has not established, on preponderance of probabilities, coils tendered in good condition to *Kapitonas Gudin* for delivery—Nevertheless, plaintiffs established liability by demonstrating *Kapitonas Gudin* proximate cause of damage sustained—Evidence overwhelming pitting damage to coils occurred while in custody of *Kapitonas Gudin* due to exposure to sea water or sea salt during voyage—Allowances arrived at represented loss experienced by Nova Steel and proof of such loss—Salvage sale appropriate discovery mechanism to find highest and best use for damaged coils—No undue delay in

MARITIME LAW—Continued

realizing salvage—Hague-Visby Rules, being Schedule of Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27.

NOVA STEEL LTD. V. *KAPITONAS GUDIN* (THE) (T-958-95, 2002 FCT 100, Lemieux J., judgment dated 29/1/02, 53 pp.)

Action concerning maritime cargo claim to 266 cold-rolled galvanized steel coils out of shipment of 279, governed by Hague-Visby Rules—Shipment carried from Latvia to Montréal in January/February 1995 on board *Kapitonas Gudín*—Applicable law set out in *Nova Steel Ltd. v. Kapitonas Gudín (The)*, [2002] F.C.J. No. 121 (QL)—Following notation on bill of lading: “Rust stained; Wet before shipment”—When cargo holds opened in Montréal, all coils wet, tank tops holding some water—Counsel for defendants argued galvanized coils damaged goods before loading on board *Kapitonas Gudín* and coils did not deteriorate by any action of carrier—Also argued, as to damages, allowances not proof of loss to plaintiff—Action allowed—Applying *Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (T.D.), plaintiff has not discharged initial burden of establishing *prima facie* that cargo tendered to *Kapitonas Gudín* in good condition—Nevertheless, convincing evidence cargo damaged by rust staining—In *Nova Steel*, cargo owner had made out presence of sea water or sea salt in holds of *Kapitonas Gudín* during voyage—Much of that evidence applying to cargo of galvanized cold-rolled steel coils—Balance of probabilities supporting conclusion sea water entered hatches during severe storm—Evidence leading to conclusion of negligence and unseaworthiness on part of *Kapitonas Gudín*—*Kapitonas Gudín* entirely responsible as defendants made no proof to separate damage—Hague-Visby Rules, being Schedule of Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27.

SAMUEL, SON & CO. LTD. V. *KAPITONAS GUDIN* (THE) (T-1597-95, 2002 FCT 101, Lemieux J., judgment dated 29/1/02, 23 pp.)

PRACTICE

Motion for disclosure of statement of particular average arising out of fire damage to fishing vessel *Knight Dragon* and owner's work done at same time as insured fire damage repairs—Defendant seeking disclosure in order to divide owner's work from fire damage work, and to see whether time for repairs extended by reason of owner's work (resulting in possible deduction from loss-of-use claim)—Federal Court Rules, 1998, r. 225 providing for order for disclosure in affidavit of documents of all relevant documents in possession, power or control of party—Where particular average claim, underwriter appointing adjuster to compile, allocate all of relative expenses—Compilation of particular average showing those items proximately caused by insured peril and those items for account of owner, usually work

MARITIME LAW—Concluded

commissioned by owner done concurrently with insured repairs—*Compagnie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Company* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.) holding every document relevant which may, not must, either directly or indirectly enable party requiring affidavit either to advance own case or damage case of adversary—Courts generally look upon average statements as *prima facie* evidence of details of computations and of allocation of average because profession of average adjusting both old, honourable with established rules of practice which are of great assistance in ascertaining how claims ought to be determined—Furthermore average adjuster's report neutral—Defendant establishing *prima facie* case for disclosure of particular average statement as relevant document (pursuant to *Peruvian Guano* and within r. 222(2))—That particular average statement referring to irrelevant items i.e. terms of policy, what is recoverable from underwriters, not detracting from likelihood of relevance—Production not measured in terms of great relevance or marginal relevance: even marginally relevant document must be produced—Even if other side already has document from another source, still must be produced—That particular average statement containing irrelevant information not protecting document from production if containing any residual relevance—Allocation of work relevant—No cogent reason why report should not be disclosed—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 222(2), 225.

FIDDLER ENTERPRISES LTD. V. ALLIED SHIPBUILDERS LTD. (T-842-99, 2002 FCT 44, Hargrave P., order dated 15/1/02, 9 pp.)

NATIVE PEOPLES**REGISTRATION**

Motion for summary judgment for declarations plaintiffs members of Samson Band—Court cannot safely determine grounds put forward by plaintiffs on motion for summary judgment—Evidence solely documentary—Documents confusing, often contradictory, no expert evidence to assist Court in construing documents and understanding context—However, following coming into force of amendments to Indian Act in 1987, plaintiffs's names added to Samson Band's list by Registrar—Although Act provided for protests to inclusions or exclusions from band lists effected by Registrar, Band did not protest inclusion of two plaintiffs on Samson Band list, which is accordingly beyond dispute—Although Band has always taken position Registrar has no power to establish Band membership, has not taken that position on this motion for summary judgment—Here, Band asserted not subject to provisions of Act amendments—No evidence produced herein in support of Band's position on constitutional question, and no notice given in accordance with Federal Court Act, s. 57—Matter cannot be decided in

NATIVE PEOPLES—Concluded

Band's favour on summary judgment motion; therefore decided against Band, whose constitutional defence dismissed—Declaration will issue that plaintiffs, at least since June 29, 1987, have been members of Samson Band—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 32—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

WARD V. SAMSON CREE NATION NO. 444 (T-1244-92, 2002 FCT 176, Hugessen J., judgment dated 19/2/02, 3 pp.)

PATENTS

Application for judicial review of decision by Minister of Health to remove applicant's Canadian Letters Patent no. 1,249,969 from Patent Register—'969 patent covering claims for pharmaceutical compositions comprised of ceftazidime pentahydrate combined with amorphous lactose, pharmaceutically acceptable base—Audited after Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations amended in 1998—Applicant submitting Minister applied 1998 amendments to NOC Regulations in reaching decision to delist patent included on Patent Register in 1993—NOC Regulations exist to protect rights of patent holders, at same time to ensure new drugs not impeded from entering market place once shown not to infringe patent rights—Presumption that legislation not intended to have retroactive application well established—Applicant's allegation Minister erred in applying NOC Regulations retroactively unsupported—Minister, in applying amended NOC Regulations, giving effect to Regulations as they apply to current facts—Minister's decision not amounting to retroactive application of NOC Regulations—Requisite issuance of notice of compliance with respect to '969 patent in effect under 1993 Regulations—Applicant's argument with respect to retroactivity without merit—Whether ceftazidime without amorphous lactose meets definition of "the medicine itself"—Tazidime, Tazidime Add-Vantage not containing "the medicine itself" as described in '969 patent—Manufactured by different process, formulation, detailed in confidential New Drug Submission filed with Minister—Medicine claimed in '969 patent not same medicine used in Tazidime, Tazidime Add-Vantage—Minister's interpretation of NOC Regulations correct, decision to remove '969 patent from Patent Register also correct—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133 (as am. by SOR/98-166).

ELI LILLY CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1212-00, 2002 FCT 28, Hansen J., order dated 10/1/02, 19 pp.)

INFRINGEMENT

Canadian Letters Patent 1,103,130 ('130 patent) for accumulator felling head (attachment placed on front of

PATENTS—Continued

machines like snow plow or at end of boom-like backhoe) issued June 16, 1981 to Logging Development Corporation for 17 years—Assigned to plaintiff in 1995—Expired in 1998—Plaintiff claiming defendant infringed its exclusive rights by selling in Canada accumulator felling head having features set out in claims 1, 4, 7 of '130 patent—Seeking damages in respect of devices sold by defendant between date plaintiff first acquired patent until date patent expired—Claim 1 directed to "accumulator arm" accumulating trees in device for gathering, retaining trees; claim 4 directed to accumulating arm of claim 1 in device for severing trees; claim 7 adds to claims 4, 5, or 6 limitation that sweep arm and accumulator arm pivot about parallel and spaced apart axes i.e. only infringed if claim 4 infringed—(1) Construction of claims—General principles—Purposive construction whether persons with practical knowledge, experience of kind of work in which invention intended to be used would understand that strict compliance with particular descriptive word, or phrase in claim intended by patentee to be essential requirement of invention so that any variant would fall outside monopoly claimed, even though could have no material effect upon way invention worked—Requires Court to identify words or phrases in claims that describe "essential" elements of invention—Claims must be construed based on expert evidence at trial as to meaning of terms used and understanding that these terms would convey at date of patent to ordinary worker skilled in art of accumulator felling heads and possessing common knowledge of people engaged in that field—Because financial consequences of infringement of patent potentially severe, important to limit uncertainty with respect to language of claims so that members of public may know where can go with impunity—Done by adhering to language of claims which promotes fairness, predictability—Scope of monopoly thus function of written claims, but flexibility and fairness achieved by differentiating essential features from non-essential, based on knowledgeable reading of whole specification through eyes of skilled addressee—Strict compliance with word or phrase essential unless obvious inventor knew failure to comply with that requirement would have no material effect on way invention worked—Court must interpret claims, cannot redraft them—When inventor stated in claims requirement essential to invention, court cannot decide otherwise—Non-essential elements of claim may be substituted without affecting claim—Infringement when some modifications brought to invention but essential elements remaining—To determine inventor's intention concerning particular word or phrase in claim, permissible to look at whole specification, including drawing, but not to enlarge or contract scope of claim as written—Onus on patentee to establish known and obvious substitutability at date of publication of patent—If fails to discharge onus, descriptive word or expression considered essential unless context of claims language otherwise dictates—(2) After assessing expert

PATENTS—Concluded

evidence, proper interpretation of claim 1 requiring lug and inner arm be pinned to frame at same point, i.e. lug must pivot about same axis so that lug free to pivot independently of movement of inner arm—This requires lug be connected through pin joint to pin which coincides with that axis—Axis defined by line—Inventor confirmed axis defined by line, but plaintiff objecting to admissibility of such evidence—Submitting that since *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067 and *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, intention of inventor flows from wording of claims as interpreted by person skilled in art, not from extrinsic evidence such as statement or admissions made to Patent Office—When Binnie J. stated in *Free World Trust* that “extrinsic evidence such as statements or admissions made in the course of patent prosecution” not admissible, had in mind file wrapper estoppel—Inventor’s statement herein made during examination for discoveries, and plaintiff accepted that answer as binding—But given ambiguity concerning admissibility of inventor’s answer, plaintiff’s objection sustained, and statement given no weight—Regardless, claim 1 requiring lug and inner arm be pinned to frame at same point—In Timberjack device, lug not pinned to frame, but to moving first arm—Also does not pivot about same axis as inner arm and lug not free to pivot independently of movement of inner arm—Difference in connectivity substantially alters operation, design of Timberjack mechanism from mechanism claimed in ‘130 patent—As sufficient if one essential element different, Timberjack device not infringing claim 1 of ‘130 patent since essential element of claim 1 that lug and inner arm be pinned to frame at same point—As defendant’s device not infringing claim 1, unnecessary to construe claims 4, 7 as incorporate elements of claim 1—Also no need to determine validity of ‘130 patent—Action dismissed.

QUADCO EQUIPMENT INC. V. TIMBERJACK INC. (T-867-96, 2002 FCT 96, Tremblay-Lamer J., order dated 28/1/02, 28 pp.)

PRACTICE**CASE MANAGEMENT**

Appeal from Associate Senior Prothonotary’s order postponing all matters relating to question of damages to reference to be held after trial—(1) A.S.P. not erring in law in ordering bifurcation in absence of notice of motion—Federal Court Rules, 1998, r. 47 providing unless otherwise provided in Rules, discretionary powers of Court may be exercised by Court on own motion—“Court” defined to include prothonotary acting within jurisdiction—R. 107 allowing Court at any time to order issues in proceeding be determined separately—Not providing such power may be exercised only on motion—(2) A.S.P. acting within jurisdiction in making bifurcation order—R. 385(1)(a) permitting prothonotary,

PRACTICE—Continued

assigned under r. 383(c) to assist in management of proceeding where more than \$50,000 at issue, to give any directions necessary for just, most expeditious, least expensive determination of proceeding on merits—Severance of issue designed to do precisely that—Pursuant to r. 385(1), prothonotary having ample jurisdiction to pronounce bifurcation order whether or not underlying proceeding referred to in r. 50(2)—Conclusion supported by fact bifurcation orders not enumerated in r. 50(1), which limits jurisdiction of prothonotary—Standard of review on appeals under r. 51 where order under review made in context of case management set out in *Sawridge Band v. Canada*, [2002] 2 F.C. 346 (C.A.): Court will interfere only in clearest case of misuse of judicial discretion—*Microfibres Inc. v. Annabel Canada Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 12 (F.C.T.D.) holding comment applies by analogy to discretionary decisions of prothonotary made in course of case management of complex matters—Given: definition of “case management judge” including both judges, prothonotaries, and that powers given by r. 385(1) to prothonotary assisting in management of proceeding same as those given to “case management judge”, no meaningful basis upon which to conclude standard of review applied to bifurcation orders made in case management proceedings varies depending upon whether order made by prothonotary or by judge—As defendant not showing A.S.P.’s order based upon either wrong principle or misapprehension of all of facts sufficient to constitute demonstrably clear misuse of judicial discretion, open to A.S.P. to conclude trial limited in first instance to determination of existence of any liability more likely to result in just, expeditious, least expensive determination of proceeding on merits—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2 “case management judge”, “Court”, 47, 50, 51, 107, 383, 385.

BATES ENTERPRISE LTD. V. CANADA (T-1114-96, 2002 FCT 123, Dawson J., order dated 31/1/02, 8 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Application for show cause orders pursuant to Federal Court Rules, 1998, rr. 466(b), 467—Applicant commenced action for damages arising from wrongful process followed by Health Canada, Public Service Commission which prevented appointment to position within Health Canada—Successfully appealed appointment of third party to position applicant had applied for—Alleging defendant not complying with order of Canadian Human Rights Tribunal registered with Court in 1997—Order arising in *National Capital Alliance on Race Relations (NCARR) v. Canada (Health and Welfare)*, [1997] C.H.R.D. No. 3 (QL)—Requiring Health Canada to address problems within staffing process, prescribing series of corrective measures, monitoring procedures designed to enable visible minority members to have promotional opportunities within department in manner consistent with Canadian Human Rights Act, s. 10—Applicant not party to order—In March 2000 Health Canada requested Public

PRACTICE—Concluded

Service Commission to provide internal staffing of position—Specifically requested *NCARR* order be complied with, in particular term that selection boards include representation of member of visible minority group—Applicant of view selection board not including visible minority member—Public Service Appeal Board allowed appeal, prescribed corrective measures, including new competition—Plaintiff not participating in new competition—Application dismissed—Even if applicant member of visible minority intended to benefit from *NCARR* order, not having standing as party to proceedings leading to that order—Also not having public interest standing—Public interest plaintiff may challenge limits of administrative authority, purported to be exercised in accordance with statutory delegation where strong public interest raised before Court, interest in which plaintiff has real concern, and where absence of other reasonable, effective means of bringing issue forward for resolution: *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.)—Reasonable, effective processes followed, led to resolution of issue i.e. cancelling of original competition, scheduling of replacement competition—Other serious procedural defects including: no evidence of continuing failure to comply with *NCARR* Order; documents not establishing facts properly in evidence—Other procedural issues: contempt proceedings not available against Her Majesty the Queen; federal government departments not having legal status separate from Her Majesty and not proper respondents to show cause order for alleged contempt of court order; show cause order for contempt not issued against unnamed individuals not served with notice of motion seeking order; individuals named in notice of motion only subject to show cause order if personally served with notice of motion, and *prima facie* evidence aware of order allegedly violated, and some evidence they, as individuals, violated order—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 466, 467—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 10.

AYANGMA V. CANADA (T-195-01, 2002 FCT 79, MacKay J., order dated 25/1/02, 9 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of PSC investigations officer dismissing applicant's complaint regarding departmental investigation concerning earlier complaint of harassment against Director of Operational Services (DOS) of Canadian Coast Guard (CCG) at Halifax, concluding complaint not founded or established—After initial complaint lodged, DOS's superior's executive secretary commenced investigation into allegation of harassment and abuse of authority by applicant in relation to fellow employee, ultimately concluding applicant had harassed fellow employee—PSC officer refused to consider representation

PUBLIC SERVICE—Continued

report on allegations of harassment by applicant of fellow employee supported applicant's concern about conflict of interest on part of DOS's superior—PSC officer also concluded no basis to intervene in regard to CCG's investigation of applicant's complaint of harassment against DOS—Application dismissed—PSC officer's decision here in issue made by person with expertise in reviewing factual issues in employment-related complaints—In light of broad purposes of Public Service Employment Act, in exercise of his judgment in assessing facts and implications underlying complaint, expertise of officer, acting on behalf of Commission, warranting substantial deference—Standard of patent unreasonableness appropriate herein—Standard not here established in relation to PSC officer's determination—No failure to consider evidence which should have been considered—No evidence DOS's superior involved in investigation of complaint brought by fellow employee—No consideration of irrelevant evidence—PSC officer did not err in referring to DOS's superior's letter and considering it relevant—PSC officer's conclusion not patently unreasonable—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.

ADAMS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1825-00, 2002 FCT 80, MacKay J., order dated 24/1/02, 11 pp.)

PRACTICE

Appeal from Motions Judge's refusal to grant order in nature of *mandamus*, *certiorari* (2001 FCT 39; [2001] F.C.J. No. 180 (QL))—Appellants, employees of Trade-marks Opposition Board requesting formal review of classification at PM-06 (Programme Administration) group and level—Classification Committee unanimously decided positions could not be classified in Law (LA) Group—Appellants filed grievance—Pursuant to Treasury Board's Classification Grievance Procedure, grievances referred to Classification Grievance Committee—Committee unanimously reporting LA Group "best fit" for positions—Article VI.A.1 of Classification Grievance Procedure stating Deputy Department Head's Nominee may either confirm recommendation of Committee, make decision in cases of majority and minority report, or in case of unanimous recommendation, advise Deputy Head that disagrees with recommendation—If Nominee rejecting unanimous recommendation, Deputy Head must personally approve new decision—In July 1999 Nominee notifying appellants final decision would be delayed pending consultative process with Department of Justice set out in Bulletin No. 48-87—Parties agreed that Bulletin not applicable to grievances—In December 1999 Department of Justice disagreeing with Committee's recommendation—On January 5, 2000 appellants filed application for judicial review requesting *mandamus* requiring Nominee to implement previous decision to confirm Committee's unanimous recommendation—January 11, 2000 letters from Nominee advising appellants positions would not be reclassified in LA group—On January

PUBLIC SERVICE—Concluded

13, 2000 appellants commenced second application for judicial review requesting *certiorari* to quash January 11, 2000 decision—In March 2000 employer rescinded January 11, 2000 decision denying grievance—Agreed Deputy Minister would refrain from rendering decision on grievances until disposition of appeal—Appellants arguing that in approving Committee's report, Nominee exercised discretion in appellants' favour, rendered *functus officio*—Appeal dismissed—Principle of *functus officio* holding, as general rule, where final decision rendered by administrative tribunal acting in adjudicative capacity, matter concluded and no amendment can be made to decision in absence of right of appeal—Only exceptions where tribunal or decision-maker authorized by statute to reconsider decision, slip in drawing up decision, error in expressing manifest intention of decision maker, when decision void—However courts will not issue *mandamus* to compel tribunal or decision maker to make particular decision, when no decision made or when decision-making power discretionary in nature—Motions Judge correctly determined Nominee never reached final decision on grievances as verified by: (1) Nominee's July 1999 letter indicating could not make decision until consultative process completed; (2) consultative process not completed until January 2000, well after Nominee's "approval" of report, suggesting approval merely matter of form, not in nature of decision; (3) January 11, 2000 decision evidence Nominee continued to follow procedure set out in July 1999 letter—Court not entitled to speculate as to why Nominee approving report—Record indicating Committee intended decision to be treated as recommendation and to be acted upon accordingly—Error in permitting Department of Justice to determine correct classification improper fettering or unauthorized sub-delegation of discretion—Pursuant to Art. VI.A.1, Nominee must decide finally whether or not to approve Committee's recommendation—Nominee free to consult with others provided any decision truly that of Nominee—Any views received by Nominee must be disclosed to appellants who are to be given reasonable opportunity to respond—Since Attorney General acknowledging January 11, 2000 decision breach of duty of fairness, of no force and effect, not necessary for Court to exercise discretion to issue formal order setting it aside—Duty on Nominee to comply with requirements of Art. VI.A.1, either by confirming or rejecting recommendation of August 23, 1999.

HERZIG V. CANADA (DEPARTMENT OF INDUSTRY) (A-94-01, 2002 FCA 36, Malone J.A., judgment dated 28/1/02, 10 pp.)

TRADE-MARKS**REGISTRATION**

Judicial review of Trade-marks Opposition Board's refusal to register applicant's trade-mark "Big Apple Bagels" & Design for use in association with bakery products, deli foods, drinks, restaurant and carry-out services—Registrar holding

TRADE-MARKS—Concluded

mark not distinctive of applicant's wares, services, confusing with respondent's registered marks at date of filing statement of opposition—Onus on applicant to show that its mark adapted to distinguish or actually distinguishes its services from those of others throughout Canada—Standard of review applied with respect to factual findings and application of law to facts: reasonableness *simpliciter*—Standard to be applied to strictly legal questions: correctness—Strictly legal issues herein relating to proper date for determining distinctiveness, and whether exclusive use must be proven throughout Canada in order to prove distinctiveness—Those issues not within TMOB's expertise—While normally trade-mark registrable even if territorially limited, this was not application to which Trade-marks Act, s. 12(2) or 13 applies—Accordingly, given reputation of respondent's marks "The Big Apple" and "Apple Design" not only in Colborne area, but throughout highway 401 corridor area, applicant's mark not having requisite distinctiveness to support granting of trade-mark application—Possible to refuse application for registration on basis of non-distinctiveness independent of issue of confusion provided ground raised in opposition: *Clarco Communications Ltd. v. Sassy Publishers Inc.* (1994), 54 C.P.R. (3d) 418 (F.C.T.D.)—Where likely public will assume applicant's goods approved by opponent so that state of doubt, uncertainty existing in minds of purchasing public, trade-marks confusing: *Glen-Warren Productions Ltd. v. Gertex Hosiery Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 7 (F.C.T.D.)—Appropriate date for assessing distinctiveness date of filing statement of opposition: *American Assn. of Retired Persons v. Canadian Assn. of Retired Persons* (1998), 84 C.P.R. (3d) 198 (F.C.T.D.)—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(2), 13.

BAB HOLDINGS, INC. V. THE BIG APPLE LTD. (T-1623-00, 2002 FCT 72, McKeown J., order dated 22/1/02, 7 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire's decision (CUB 48388) that recording is transcript within meaning of Unemployment Insurance Regulations, s. 68(3)(a)(iii)—Application dismissed—Provision provides where appeal filed, Commission shall prepare docket containing transcript, if any, of evidence given during appeal before board of referees—Although several statutes make distinction between recording of testimony and argument on one hand, and their transcription on other hand, duty imposed on Commission under Regulations, s. 68(3)(a)(iii) deals only with "transcript, if any"—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 68(3)(a)(iii).

ALLARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-460-00, 2002 FCA 70, Desjardins J.A., judgment dated 25/2/02, 3 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de communiquer des renseignements à la suite d'une demande présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—La demanderesse est une société pharmaceutique qui produit un traitement hormonal substitutif d'origine naturelle, vendu sous le nom commercial de «Premarin»—Les principaux ingrédients actifs sont une famille d'hormones appelées «œstrogènes conjugués»—Les concurrents produisent des produits contenant des œstrogènes qui n'ont pas la même origine que Premarin—En 1997, Santé Canada a proposé de modifier le règlement d'application de la Loi sur les aliments et drogues qui porte sur les œstrogènes conjugués afin de créer une norme unique qui s'applique aux produits d'œstrogènes conjugués naturels et synthétiques—La demanderesse a répondu à l'invitation de présenter des observations—En 1999, le Bureau de l'accès à l'information et la protection de la vie privée de Santé Canada a reçu une demande pour obtenir une copie des renseignements fournis depuis 1997 concernant les œstrogènes conjugués—Santé Canada a avisé la demanderesse que ses observations étaient visées par la demande de renseignements—La demanderesse a contesté la communication projetée des renseignements mais le Bureau n'a pas changé sa position concernant la communication des renseignements demandés—La demanderesse ne possédait aucun renseignement solide quant à l'identité de la partie requérante mais elle était préoccupée par la possibilité qu'il puisse s'agir d'un concurrent—La demande est rejetée—1) Admissibilité du requérant—L'art. 4(1) de la Loi précise que tous les citoyens canadiens ont le droit d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale sur demande—Ce droit a été étendu par décret à toutes les personnes physiques et morales au Canada—Selon l'affidavit déposé par le défendeur, l'agente chargée de la demande s'est questionnée sur l'admissibilité du requérant et a conclu que ce dernier était autorisé par la Loi à présenter la demande—Cette décision a été prise par la personne chargée de prendre cette décision—Rien ne prouve que cette personne a tenu compte de facteurs non pertinents ou illégitimes dans son examen de l'admissibilité du requérant—La demanderesse n'a pas établi que cette décision ne satisfait pas au critère de la «suffisance

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

de la preuve»—2) Fond de la demande—L'objet de la Loi est énoncé à l'art. 2—Selon l'interprétation donnée à ce principe, le droit du public à l'information ne doit pas être neutralisé par les tribunaux sauf pour les motifs les plus évidents et le fardeau de convaincre la cour incombe à la partie qui s'oppose à la communication—La demanderesse soutient que les documents dont elle cherche à empêcher la divulgation ont été communiqués par erreur au ministre—De plus, elle fait valoir que les documents sont intrinsèquement confidentiels, qu'il s'agit de renseignements commerciaux équivalant à des secrets industriels dont la divulgation lui causerait un préjudice et entraverait les négociations futures en vue de contrats ou à d'autres fins—La norme de preuve applicable pour établir un droit à une exemption est celle de la prépondérance des probabilités—Ce fardeau incombe à la demanderesse—La demanderesse cherche à s'acquitter de ce fardeau en fournissant des affidavits qui sont rédigés en termes très généraux et qui sont fondés sur des opinions—L'affidavit fondé sur l'opinion personnelle d'un représentant de la demanderesse dont on s'attendrait raisonnablement à ce qu'il ait une connaissance personnelle des questions en litige est insuffisant et ne satisfait pas au critère—Lorsqu'un demandeur invoque la confidentialité comme motif d'exemption de communication, ce motif doit être objectivement établi—Les affidavits déposés ne fournissent que des suppositions quant au préjudice probable—Ils ne comportent que des déclarations générales qui n'équivalent qu'à des affirmations vagues non soutenues par la preuve quant à la probabilité de pertes financières appréciables—Pour que la demanderesse ait gain de cause en vertu de l'art. 20(1)d), elle doit établir qu'il est fait obstacle aux négociations effectives en vue de contrats—La preuve présentée ne suffit pas à justifier une conclusion en vertu de cet alinéa—De plus, une bonne partie des renseignements dont la demanderesse refuse la divulgation fait déjà partie du domaine public, soit en raison de divulgations antérieures faites par le Bureau, soit en raison de divulgations faites en rapport avec l'industrie pharmaceutique—La mise à la disposition publique de ces documents compromet de façon générale le fondement de la demande de confidentialité de la demanderesse—Puisque les

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

documents ne sont pas de nature confidentielle et qu'ils n'entrent pas autrement dans le cadre des exemptions énumérées à l'art. 20(1), il n'y a aucune raison de limiter la divulgation autorisée en ordonnant la rédaction des documents—L'art. 20(6) permet la communication de renseignements qui seraient autrement protégés par l'art. 20 lorsqu'il s'agit d'intérêt public—Le défendeur n'a pas invoqué l'intérêt public—La demanderesse n'a pas établi son droit à une exemption empêchant la divulgation en application de l'art. 20(1)—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4, 20—Décret d'extension n° 2 (Loi sur la protection des renseignements personnels), DORS/89-206, art. 2.

WYETH-AYERST CANADA INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-19-00, 2002 CFPI 133, juge Heneghan, ordonnance en date du 5-2-02, 17 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre (CUB 48 388) qu'un enregistrement est une transcription au sens de l'art. 68(3)(iii) du Règlement sur l'assurance-chômage—Demande rejetée—La disposition prévoit que lorsqu'un appel est déposé, la Commission prépare un dossier contenant la transcription, s'il en est, des témoignages recueillis lors de l'audition de l'appel par le conseil arbitral—Alors que plusieurs lois font la distinction entre l'enregistrement des témoignages et des débats, d'une part, et leurs transcriptions, d'autre part, l'obligation qui est faite à la Commission, en vertu de l'art. 68(3)(iii) du Règlement, ne porte que sur la «transcription, s'il en existe une»—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 68(3)a)(iii).

ALLARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-460-00, 2002 CAF 70, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 25-2-02, 3 p.)

BREVETS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de radier du registre des brevets les lettres patentes canadiennes n° 1,249,969 de la demanderesse—Le brevet 969 comporte des revendications pour des compositions pharmaceutiques renfermant de la ceftazidime pentahydratée associée à du lactose amorphe et à une base pharmaceutiquement acceptable—Le brevet 969 a été vérifié après la modification du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement sur les ADC) en 1998—La demanderesse fait valoir que, pour parvenir à sa décision de radier le brevet inscrit au registre des brevets en 1993, le ministre a appliqué les modifications apportées en 1998 au Règlement sur les ADC—Le Règlement sur les ADC existe pour protéger les droits des détenteurs de brevet et, par le fait même, pour s'assurer qu'aucun obstacle à la mise en marché

BREVETS—Suite

de nouveaux médicaments ne survienne une fois qu'il a été établi que ceux-ci ne contrevenaient à aucun droit attaché à un brevet—La présomption selon laquelle la loi n'est pas censée s'appliquer de façon rétroactive est bien établie—La prétention de la demanderesse selon laquelle le ministre s'est trompé en appliquant le Règlement sur les ADC de façon rétroactive est non fondée—En appliquant le Règlement modifié sur les ADC, le ministre applique le Règlement en vigueur aux faits qui existent à ce moment-là—La décision du ministre ne peut être assimilée à une application rétroactive du Règlement sur les ADC—La demande d'avis de conformité à l'égard du brevet 969 a effectivement été déposée conformément au Règlement de 1993—L'argument de la demanderesse au sujet de la rétroactivité est sans fondement—La question est de savoir si la ceftazidime ne contenant pas de lactose amorphe répond à la définition de «médicament en soi»—Tazidime et Tazidime Add-Vantage ne contiennent pas «le médicament en soi» décrit au brevet 969—Ils sont fabriqués grâce à une formulation ou à un procédé différent dont les détails se trouvent dans le document confidentiel intitulé Présentation de nouvelle drogue déposé auprès du ministre—Le médicament revendiqué dans le brevet 969 n'est pas le même que celui utilisé dans Tazidime et Tazidime Add-Vantage—L'interprétation que le ministre a faite du Règlement sur les ADC est bien fondée, de même que sa décision de radier le brevet 969 du registre des brevets—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133 (mod. par DORS/98-166).

ELI LILLY CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1212-00, 2002 CFPI 28, juge Hansen, ordonnance en date du 10-1-02, 19 p.)

CONTREFAÇON

Lettres de brevet canadiennes 1103130 (le brevet 130) concernant une tête d'abattage munie d'un bras collecteur (accessoires placés à l'avant d'une machine, comme un chasse-neige, ou à l'extrémité d'une flèche, comme une pelle rétrocaveuse) délivré le 16 juin 1981 à Logging Development Corporation pour 17 ans—Le brevet a été cédé à la demanderesse en 1995—Il a expiré en 1998—La demanderesse allègue que la défenderesse a porté atteinte à ses droits exclusifs en vendant au Canada une tête d'abattage munie d'un bras collecteur comportant les caractéristiques exposées dans les revendications 1, 4 et 7 du brevet 130—Elle réclame des dommages-intérêts relativement aux dispositifs vendus par la défenderesse entre la date où la demanderesse a acquis le brevet pour la première fois et la date d'expiration du brevet—La revendication 1 porte sur un «bras collecteur» servant à récolter les arbres dans un dispositif capable de ramasser et de retenir les arbres; la revendication 4 vise le bras collecteur de la revendication 1 fixé à un dispositif pour couper

BREVETS—Suite

les arbres et comportant plusieurs éléments; la revendication 7 ajoute aux revendications 4, 5 et 6 une autre limite du fait que le bras pivotant et le bras collecteur pivotent autour de deux axes parallèles et espacés l'un par rapport à l'autre, de sorte qu'il n'y a contrefaçon que s'il y a contrefaçon de la revendication 4—1) Interprétation des revendications—Principes généraux—Suivant la méthode d'interprétation téléologique, la question qui se pose est celle de savoir si les personnes ayant une connaissance et une expérience pratiques du genre de travail auquel l'invention est destinée à servir comprendraient que le breveté voulait que l'interprétation stricte d'une expression ou d'un mot descriptifs particuliers figurant dans une revendication constitue une condition essentielle de l'invention, de manière à ce que toute variante soit exclue du monopole revendiqué même s'il se peut qu'elle n'ait aucun effet important sur la façon dont l'invention fonctionne—L'interprétation téléologique oblige le tribunal à identifier les mots ou expressions particuliers utilisés dans les revendications pour décrire les éléments «essentiels» de l'invention—Les revendications doivent être interprétées en fonction des témoignages d'experts entendus en première instance concernant le sens des termes utilisés et en fonction de la compréhension que pouvait en avoir à la date du brevet un travailleur moyen versé dans l'art des têtes d'abattage munies d'un bras collecteur et ayant les connaissances usuelles des personnes travaillant dans ce domaine—En raison des graves répercussions financières que la contrefaçon d'un brevet est susceptible d'avoir, il importe que les revendications soient libellées dans les termes les plus clairs possibles, de façon que les citoyens sachent quelles avenues leur demeurent ouvertes—On y parvient en s'en tenant au libellé des revendications, ce qui favorise l'équité et la prévisibilité—Ce sont les revendications écrites qui précisent la portée du monopole, mais on obtient la souplesse et l'équité en différenciant les caractéristiques essentielles de celles qui ne sont pas essentielles, au moyen d'une lecture éclairée de l'ensemble du mémoire descriptif par la personne versée dans l'art à qui il s'adresse—La stricte conformité avec un mot ou une expression utilisés dans une revendication ne constitue pas une exigence essentielle de l'invention, sauf si de toute évidence, l'inventeur savait que le fait de ne pas s'y conformer n'aurait aucun effet important sur le fonctionnement de celle-ci—Le tribunal doit interpréter les revendications; il ne peut les récrire—Lorsqu'un inventeur a clairement déclaré dans les revendications qu'il tenait un élément pour essentiel à son invention, le tribunal ne saurait en décider autrement— On peut remplacer les éléments non essentiels d'une revendication sans porter atteinte à la revendication—Il y a contrefaçon lorsque certaines modifications ont été apportées à une invention mais que ses éléments essentiels demeurent— Pour discerner l'intention de l'inventeur en ce qui concerne un mot ou une expression de la revendication, on peut se reporter à

BREVETS—Suite

l'ensemble du mémoire descriptif, y compris le dessin, sans toutefois élargir ou restreindre la portée de la revendication telle qu'elle était écrite—Il incombe au breveté d'établir une interchangeabilité connue et manifeste à la date de la publication du brevet—S'il ne réussit pas à le faire, le mot ou l'expression descriptif sera considéré essentiel sauf si le contexte du langage de la revendication dicte le contraire— 2) Après avoir apprécié l'opinion des experts, le tribunal conclut que la seule façon d'interpréter correctement la revendication 1, c'est de conclure que la chape et le bras intérieur sont tous les deux fixés par tige au même endroit sur le cadre, c.-à-d. que la chape doit tourner autour du même axe de manière à pouvoir pivoter indépendamment du mouvement du bras intérieur—Un axe est une ligne—L'interprétation voulant que le terme «axe» désigne une ligne a été confirmée par l'inventeur, mais la demanderesse a contesté l'admissibilité de cette preuve—Elle a plaidé que, depuis le prononcé des arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067 et *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, l'intention de l'inventeur doit être dégagée du libellé des revendications telles que la personne versée dans l'art en cause les interprète et que cette intention ne peut ressortir d'éléments de preuve extrinsèques tels que les déclarations ou les aveux faits au Bureau des brevets—Lorsque le juge Binnie a déclaré que «des éléments de preuve extrinsèque comme des déclarations ou des aveux faits pendant l'examen de la demande de brevet» n'étaient pas admissibles, il songeait à l'irrecevabilité résultant du dossier de la demande de brevet— La déclaration de l'inventeur a été faite au cours de l'interrogatoire au préalable et la demanderesse a accepté d'être liée par sa réponse—Toutefois, compte tenu de l'ambiguïté concernant l'admissibilité de la réponse de l'inventeur, le tribunal accueille l'objection de la demanderesse et ne lui accorde aucune valeur—Abstraction faite de la déclaration de l'inventeur, le tribunal accepte que la revendication 1 requiert que la chape et le bras intérieur soient fixés par tige au même endroit sur le cadre—La chape du dispositif Timberjack n'est pas fixée sur le cadre par une tige, elle est plutôt fixée sur le premier bras—Elle ne pivote pas non plus autour du même axe que le bras intérieur et elle n'est pas libre de pivoter indépendamment du mouvement du bras intérieur—Cette différence au niveau du montage du mécanisme modifie substantiellement le fonctionnement et la conception du mécanisme Timberjack par rapport au mécanisme revendiqué par le brevet 130—Comme il suffit qu'un seul élément essentiel soit différent pour qu'il n'y ait pas contrefaçon, le dispositif Timberjack ne contrefait donc pas la revendication 1 du brevet 130 puisque la revendication 1, à titre d'élément essentiel, requiert que la chape et le bras intérieur soient fixés par tige au même endroit sur le cadre—Comme le dispositif de la défenderesse ne contrefait pas la revendication 1, il n'est pas nécessaire d'interpréter les revendications 4 et 7, étant donné qu'elles incorporent les éléments de la revendication

BREVETS—Fin

1—Il n'est également pas nécessaire de se prononcer sur la validité du brevet 130— L'action est rejetée.

QUADCO EQUIPMENT INC. C. TIMBERJACK INC. (T-867-96, 2002 CFPI 96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 28-1-02, 33 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a rejeté la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le demandeur sur le fondement de ses conclusions au sujet de la crédibilité—Le demandeur, un citoyen colombien, affirmait avoir raison de craindre d'être persécuté du fait des opinions politiques qui lui étaient imputées—Le demandeur affirmait qu'il était perçu comme une personne qui dénonce les guérilleros à la police—La demande est accueillie—Bien qu'il y ait lieu de faire preuve d'un degré élevé de retenue à l'égard des conclusions tirées au sujet de la crédibilité, en l'espèce, le tribunal n'a pas fourni au demandeur l'occasion d'expliquer les contradictions qu'il percevait dans son témoignage, il a trouvé des contradictions là où il n'y en avait pas et il a mal interprété la preuve—Qui plus est, le tribunal a tiré des inférences déraisonnables de la preuve.

ESTRADA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5118-00, 2002 CFPI 60, juge Hansen, ordonnance en date du 18-1-02, 21 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, citoyen du Nigéria, a revendiqué le statut de réfugié, prétendant craindre avec raison la persécution à cause de ses opinions politiques—Il a été nommé coordonnateur régional d'une zone pour le Niger-Delta Youth Movement (mouvement des jeunes du delta du Niger ou NDYM), arrêté par une section militaire spéciale du gouvernement et détenu pendant quatre semaines; il s'est évadé grâce au versement de pots-de-vin et est entré aux États-Unis avec de faux documents—La revendication a été rejetée pour des questions de crédibilité—Demande accueillie—Les conclusions de faits de la SSR doivent être examinées selon la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue et ne devraient être modifiées que si elles ont été tirées de façon abusive ou arbitraire ou si elles ne tiennent pas compte de la documentation produite devant la SSR—La Cour examine les principes régissant la façon dont la SSR doit considérer les éléments de preuve—La SSR était en droit de tirer une inférence défavorable du fait que le demandeur n'a pu se souvenir du nom d'autres groupes importants opérant dans la région du delta du Niger—La SSR n'avait pas le droit

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de tirer une conclusion défavorable du fait que le demandeur n'avait corroboré ni l'existence du NDYM, ni l'incident de septembre 1998, ni les décès d'autres membres du NDYM, parce qu'il n'y avait aucune raison d'écarter la présomption de véracité—La SSR était en droit de tirer une inférence défavorable du fait que le demandeur n'a pas mentionné dans son FRP des faits importants, mais elle n'avait cependant pas le droit de tirer, comme elle l'a fait, une inférence défavorable au motif que le demandeur n'a pas mentionné des détails mineurs ou donné toutes les précisions—En ce qui concerne les conclusions quant à la vraisemblance tirées par la SSR, elle a commis, dans un cas, une erreur en rejetant un élément de preuve sans fournir d'explication; dans un autre cas, sa conclusion n'était pas étayée par la preuve; dans un autre cas encore, il n'y a pas d'élément de preuve à l'appui de sa supposition selon laquelle le NDYM aurait dû savoir que le demandeur s'était évadé de prison grâce au versement de pots-de-vin—Les motifs de la SSR ne suffisent pas à justifier sa conclusion défavorable quant à la crédibilité.

AKHIGBE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5222-00, 2002 CFPI 249, juge Dawson, ordonnance en date du 6-3-02, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) que le défendeur est un réfugié au sens de la Convention—Le défendeur est un citoyen d'Angola qui a revendiqué le statut de réfugié dès son arrivée au Canada—En 1992, il s'était joint au FLEC, un mouvement armé qui lutte pour l'indépendance de l'enclave de Cabinda—De 1992 à 1997, il s'occupait du transport de biens et de services pour le FLEC et aurait transporté des armes pour l'armée et la population—Le commissaire a conclu que le défendeur ne tombait pas sous le coup de l'application de la clause d'exclusion définie à l'art.1Fa) de la Convention au motif qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de croire que le revendicateur avait commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité—Demande accueillie—La norme de preuve demande davantage que la suspicion ou la conjecture, mais sans atteindre la norme de prépondérance de preuve: *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.)—Toutefois, compte tenu des conséquences graves pour les intéressés, les clauses d'exclusion doivent être interprétées restrictivement—Dans l'affaire *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66 (C.A.), on reprenait la définition de crimes contre l'humanité adoptée par la Charte de Tribunal militaire international—Le demandeur a raison de soutenir que le commissaire a omis de se prononcer sur la question de savoir si les actes commis par le FLEC peuvent être assimilés à des crimes contre l'humanité—Pourtant cette qualification est essentielle pour déterminer par la suite du degré de participation ou de complicité d'un individu aux

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

actions commises par une organisation—Cette omission est une erreur de droit—Comme la norme de contrôle pour une erreur de droit est celle de la décision correcte, cette erreur est révisable par la Cour—Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279, Charte du tribunal militaire international, art. 6c)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. MUTO (IMM-518-01, 2002 CFPI 256, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 6-3-02, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SSR) a conclu que le demandeur était exclu de l'application de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention) en raison de l'art. 1Fa) de la Convention—Le demandeur affirme craindre avec raison d'être persécuté au Nigéria du fait des opinions politiques qui lui sont attribuées—En 1984, le demandeur s'est joint de son plein gré à la marine nigériane—En juillet 1985, il a dénoncé son commandant parce qu'il avait fait monter des adolescentes à bord de leur navire à des fins sexuelles, contrevenant ainsi aux règlements—En conséquence, le demandeur a été arrêté et il a été détenu dans des conditions inhumaines pendant trois mois—Le demandeur affirme que la SSR a apprécié l'ensemble de la preuve de façon manifestement déraisonnable, abusive et arbitraire—L'expérience qu'a vécue le demandeur en étant injustement détenu, maltraité et menacé pour avoir dénoncé les activités sexuelles de son commandant et le comportement criminel de l'épouse d'un autre officier est la preuve que les forces armées nigérianes commettaient des agressions, et ce, même envers leur propre personnel—Le témoignage du demandeur ainsi que son expérience personnelle établissent qu'il avait la connaissance requise en ce qui a trait à la nature et à l'étendue des infractions commises par le personnel des forces armées et le personnel de la marine—Au vu de la preuve dont elle était saisie, la SSR pouvait raisonnablement conclure que le demandeur jouait un rôle actif dans les forces armées et qu'il en était membre de son plein gré—La conclusion de la SSR selon laquelle le demandeur ne s'est pas dissocié de l'armée à la première occasion qu'il avait de le faire sans mettre en péril sa sécurité s'appuyait sur la preuve dont elle était saisie—La cause ressemble à celle examinée par la Cour dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.)—Tout comme M. Ramirez, le demandeur jouait un rôle actif dans les forces armées, qui commettaient délibérément des actes collectifs d'inhumanité—Le préjudice que le demandeur aurait pu subir

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

s'il avait déserté, soit une peine d'emprisonnement, était beaucoup moins grave que la torture infligée et les décès causés par les forces armées dont il était membre—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).

ARIRI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2111-01, 2002 CFPI 251, juge Dawson, ordonnance en date du 6-3-02, 16 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a refusé une demande de résidence permanente présentée à titre d'immigrante indépendante—La demanderesse est citoyenne chinoise—Elle a fréquenté pendant cinq ans l'Université de médecine traditionnelle chinoise de Shanghai, où elle a obtenu un baccalauréat en médecine—Elle a travaillé pendant six ans comme pharmacologue à l'Université de Shanghai—En 1997, elle a entrepris des études en vue d'obtenir un doctorat en biochimie médicale—L'agent des visas a conclu qu'elle ne remplissait pas les conditions requises pour pouvoir immigrer au Canada à la suite de son appréciation de la demanderesse en fonction des professions suivantes de la CNP: microbiologistes, chimistes et praticiens et praticiennes de médecine chinoise—Parmi les conditions d'exercice de la profession de microbiologiste ou de biologiste cellulaire et biologiste moléculaire, la CNP mentionne l'obligation d'être titulaire d'un baccalauréat en biologie ou dans une discipline connexe—L'agent des visas a conclu que le diplôme en médecine de la demanderesse ne comportait pas suffisamment de cours en biologie—La demanderesse affirmait que l'agent des visas n'avait pas tenu dûment compte des cours qu'elle avait suivis pendant ses cinq années d'études médicales, des nombreuses années d'expérience qu'elle avait accumulées comme pharmacologue et des cours qu'elle avait suivis dans le cadre de ses études doctorales—Le défendeur affirmait qu'il incombait à la demanderesse de convaincre l'agent des visas qu'elle satisfaisait aux exigences de la CNP—La demande est accueillie—Dans son affidavit et lors de son contre-interrogatoire, l'agent des visas a qualifié le diplôme obtenu par la demanderesse de diplôme en médecine traditionnelle chinoise—Le relevé établi par l'Université de médecine chinoise traditionnelle de Shanghai précisait bien que la demanderesse s'était inscrite à la faculté de médecine et qu'elle y avait étudié pendant cinq ans—Il suffit d'un diplôme universitaire de trois ans pour se voir reconnaître un niveau de scolarité correspondant à une formation universitaire—Il suffit de suivre un profil de cours obligatoires en sciences et de s'inscrire à des cours dans d'autres disciplines pour pouvoir satisfaire aux exigences requises pour obtenir un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

baccalauréat—Le fait que la demanderesse ait suivi des cours en médecine traditionnelle chinoise peut être considéré comme une preuve tendant à démontrer que le diplôme qu'elle a obtenu n'était pas un diplôme en biologie ou dans une discipline connexe—Le fait que l'agent des visas mentionne à plusieurs reprises que le diplôme que la demanderesse a obtenu est un diplôme en médecine traditionnelle chinoise permet de craindre que sa qualification des études de la demanderesse a faussé son interprétation des exigences de la CNP lorsqu'il a apprécié la demande—Dans le jugement *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 5 Imm. L.R. (3d) 151 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Lemieux a conclu que l'agent des visas avait commis une erreur qui justifiait l'intervention du tribunal en considérant que l'expression «discipline connexe» voulait dire: «qui équivaut à» ou «qui remplace»—Ces conclusions ont été suivies dans le jugement *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 104 (C.F. 1^{re} inst.)—Ces décisions font ressortir la nécessité de procéder à une analyse contextuelle et ponctuelle qui tienne compte de la nature du diplôme de l'intéressé—Il ressort à l'évidence de l'analyse du juge Lemieux qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait «équivalence»—Il suffit qu'il y ait une association ou un lien—En l'espèce, il s'agit de savoir si le programme d'études de la demanderesse est associé ou lié d'une certaine manière à la biologie—Les éléments de preuve portés à la connaissance de l'agent des visas (son travail comme pharmacologue à l'Université après avoir obtenu son diplôme et ses études doctorales en biochimie médicale) renfermaient des indices qui permettaient de croire que, malgré le fait qu'il s'agissait d'un baccalauréat en médecine, le diplôme de M^{me} Ke devait être examiné de près pour décider s'il avait des liens avec la biologie—Une appréciation souple du relevé de la demanderesse en tenant compte de ces indices révélerait l'existence de liens étroits ou d'une association étroite avec le domaine de la biologie—L'agent a eu tort d'exiger que la demanderesse ait suivi «suffisamment de cours en biologie au niveau des études supérieures»—Le fait que la demanderesse a obtenu un diplôme de premier cycle dans un domaine connexe à la biologie est démontré par le fait que ses cours élémentaires, c'est-à-dire les cours plus généraux qu'elle a suivis au début du programme, comprenaient des cours de biologie—Il ressort des jugements *Zheng* et *Qi* que l'expérience de la demanderesse peut fournir à l'agent des éléments lui permettant de décider si le diplôme de la demanderesse est dans une «discipline connexe» à celle qui est exigée—Ces décisions font ressortir la nécessité pour l'agent des visas d'aborder la question des «disciplines connexes» en tenant compte du contexte—On ne saurait permettre que les exigences de la CNP s'appliquent de façon à tel point rigoureuse qu'on aboutisse à un résultat absurde—L'agent des visas a rendu une décision fondée sur

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

une conclusion de fait erronée tirée sans tenir compte des éléments dont il disposait.

KE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2171-00, 2002 CFPI 104, juge Hansen, ordonnance en date du 29-1-02, 15 p.)

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire de la décision où une agente d'immigration a rejeté la demande par laquelle le demandeur a sollicité, en se fondant sur des considérations d'ordre humanitaire (CH), la dispense de l'exigence de demander et d'obtenir un visa d'immigrant avant de venir au Canada, exigence que prescrit l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur est un citoyen de la Jamaïque—Il a soutenu que l'agente d'immigration avait contrevenu aux principes de l'équité procédurale lorsqu'elle s'était prononcée en se fondant sur une conclusion relative à la crédibilité sans l'avoir reçu en entrevue—Les décisions discrétionnaires d'un agent des visas fondées sur des considérations d'ordre humanitaire mettent en jeu des questions mixtes de droit et de fait, et elles doivent être contrôlées selon la norme du caractère raisonnable *simpliciter*—La norme de contrôle applicable aux décisions d'un agent des visas sur des questions de droit pur est celle de la décision correcte—La première demande CH des demandeurs reposait sur un mariage de convenance ou sur un mariage qui n'avait pas été contracté de bonne foi—Il faut disposer de la deuxième demande selon son propre bien-fondé—Il n'y avait aucun élément de preuve appuyant la conclusion selon laquelle le deuxième mariage du demandeur n'était pas sincère, sauf le fait que son mariage antérieur n'était pas sincère et qu'il a présenté sa demande CH dans le mois précédant son mariage avec sa deuxième répondante—La décision de l'agente d'immigration est déraisonnable et doit être annulée—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

BLAKE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-229-01, 2002 CFPI 187, juge O'Keefe, ordonnance en date du 25-2-02, 10 p.)

DESSINS INDUSTRIELS

Dans une action en usurpation de droits dans un dessin industriel et une marque de commerce, requête en vertu de la règle 221 en radiation de partie de la défense et demande reconventionnelle—Il doit être clair et patent que tout ou partie de la demande reconventionnelle de la défendresse ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Les passages en question font état de déclarations fausses ou trompeuses tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services de TXT (la demanderesse y alléguait que la

DESSINS INDUSTRIELS—Fin

défenderesse aurait contrefait son dessin industriel), en violation de l'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce—La demanderesse prétend que pour l'art. 7a) s'applique, la question doit être reliée exclusivement à une question relative aux marques de commerce, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—Requête rejetée—Bien que cette disposition se retrouve dans la Loi sur les marques de commerce, son application est déjà assurément reconnue à des situations impliquant également des brevets et des droits d'auteur—Dans ce cas-ci, la Loi sur les dessins industriels fait certes partie de l'équation que l'on dit couverte par l'art. 7a) de la Loi—Il n'est ni clair ni évident dans le cadre de la présente requête qu'une situation impliquant un dessin industriel ne peut, à l'instar d'une situation impliquant une marque de commerce, un brevet ou un droit d'auteur, être reliée et couverte par l'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a)—Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9.

BENISTI IMPORT-EXPORT INC. C. MODES TXT CARBON INC. (T-1517-01, 2002 CFPI 179, notaire Morneau, ordonnance en date du 19-2-02, 8 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'un jugement de la Section de première instance ([2001] 1 C.F. 386) qui a conclu que l'art. 3h) du Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire excède les pouvoirs conférés au ministre des Finances par l'art. 120 de la Loi modifiant la taxe d'accise—Le litige résulte de l'abolition de l'ancienne taxe de vente fédérale et de l'introduction, à compter du 1^{er} janvier 1991, de la taxe sur les produits et services—Le législateur a autorisé, en guise de mesure transitoire, le remboursement de la taxe de vente payée sur les inventaires de produits neufs détenus en date du 1^{er} janvier 1991 selon des facteurs prescrits par règlement—L'appelante a prétendu que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la loi habilitante entendait permettre aux personnes inscrites de récupérer la totalité de la taxe payée sur les marchandises en inventaire en date du 1^{er} janvier 1991—L'art. 3h) du Règlement est-il *ultra vires*?—Le pouvoir réglementaire que confère la législation en cause est très large—Il doit être interprété à la lumière de l'objet de la Loi ainsi que de l'objet de la disposition particulière qui le confère—Le but incontesté de la Loi était d'éviter la double taxation des marchandises en inventaire par le biais du remboursement de la taxe qui avait été payée sous le régime de l'ancienne loi—Le ministre des Finances ne pouvait reléguer le traitement des boissons alcoolisées au facteur général sans s'écarter du pouvoir

DOUANES ET ACCISE—Suite

conféré par la Loi habilitante et sombrer dans l'arbitraire—Le facteur général fut conçu en fonction du taux de 13,5% alors que la taxe prélevée sur les boissons alcoolisées était de 19%—L'art. 3h) du Règlement est *ultra vires* dans la mesure où il s'applique aux boissons alcoolisées—Il est conforme à l'objet de la Loi à l'égard de la presque totalité des biens auxquels il s'applique—Mais il est *ultra vires* dans son application aux boissons alcoolisées parce que, dans le cas de ces produits, il a pour effet de contrecarrer tant le but recherché par le législateur que l'objet de la Loi—La Cour doit scinder l'art. 3h) du Règlement et le déclarer *ultra vires* dans la seule mesure où il s'applique aux boissons alcoolisées—En établissant un facteur spécifique pour les boissons alcoolisées, le ministre des Finances aurait tenu compte du taux de la taxe applicable à ces produits sous le régime de l'ancienne loi, ainsi que de leur mode uniforme de commercialisation—Le juge de première instance était justifié de déclarer que l'intimée était en droit de recevoir le remboursement réclamé malgré le vide réglementaire qui découlait de la déclaration d'invalidité—Il est établi en droit administratif qu'un règlement peut n'être pas nécessaire si l'intention législative est claire et sans équivoque—Appel rejeté—Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire, DORS/91-52, art. 3—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 120 (édité par L.C. 1990, ch. 45, art. 12).

SOCIÉTÉ DES ALCOOLS DU QUÉBEC C. CANADA (A-571-00, 2002 CAF 69, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 22-2-02, 29 pp.)

TARIF DES DOUANES

Appel formé contre la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) de classer des véhicules tous terrains utilitaires parmi les «autres véhicules automobiles principalement conçus pour le transport de personnes» plutôt que parmi les «autres tracteurs», comme le soutenait l'appelante—Il existe deux types de véhicules tous terrains: les véhicules récréatifs et les véhicules utilitaires—Ces derniers sont dotés d'une transmission par arbre, de pneus à forte traction, de quatre roues motrices, d'une capacité de remorquage, d'un dispositif d'attelage de remorque, d'une marche arrière, d'une suspension porteuse plus rigide, d'accessoires tels que des lames, des charrues et des dispositifs d'attelage à 3 points—L'appelante a soutenu que ces caractéristiques démontraient qu'ils étaient conçus essentiellement pour être utilisés comme tracteurs, c'est-à-dire pour pousser et remorquer—Les notes explicatives prévoient que les tracteurs s'entendent des véhicules moteurs à roues ou à chenilles conçus essentiellement pour tirer ou pousser—Le TCCE a conclu que l'appelante n'avait pas réussi à démontrer que les marchandises en cause sont «conçues essentiellement pour» pousser ou tirer, pour être utilisées comme tracteurs—Il a conclu que les VTT utilitaires pouvaient être utilisés non

DOUANES ET ACCISE—Fin

seulement comme tracteurs, mais aussi comme véhicules récréatifs, bien qu'ils comportent des particularités techniques qui leur permettent de pousser et de tirer (des fonctions accomplies par les tracteurs)—Appel rejeté—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est celle du caractère raisonnable—Un VTT utilitaire, tout en étant capable d'accomplir la fonction de poussée et de remorquage, accomplit également d'autres fonctions en plus de celles qui sont habituellement associées aux tracteurs—Étant donné que la plupart des caractéristiques des VTT utilitaires sont utiles aussi à d'autres fins, il n'était pas déraisonnable pour le TCCE de conclure qu'ils n'étaient pas conçus «essentiellement» pour remorquer ou pousser des engins ou des charges—Le TCCE a interprété les mots «conçus essentiellement» figurant dans les notes explicatives comme se rapportant à l'«essence» ou à la «raison d'être» du véhicule—Cette interprétation était raisonnable—La capacité de servir de tracteur n'exige pas une conclusion selon laquelle le véhicule était conçu essentiellement à cette fin—Le TCCE a examiné toute la preuve, il a interprété la législation d'une façon sensée et il a rendu une décision qu'il lui était loisible de rendre, compte tenu de la preuve—Il n'était pas déraisonnable pour le TCCE de conclure, dans ce contexte, que le mot «personnes» comprenait le conducteur, même si ailleurs dans le Tarif des douanes, le législateur a expressément inclus le conducteur en parlant du transport de personnes—Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36.

YAMAHA MOTOR CANADA LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-1-01, 2002 CAF 34, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 24-1-02, 4 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Le défendeur sollicite une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire en raison d'abus de procédure, en raison de la chose jugée—Le juge Lemieux n'aurait pas dû autoriser le demandeur à introduire une deuxième demande de contrôle judiciaire—Cette assertion est appuyée par la jurisprudence, en particulier par le jugement de la C.A.F. *Metodieva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1998), 132 N.R. 38—La deuxième demande d'autorisation du défendeur aurait dû être rejetée—Mais le juge Lemieux a autorisé le demandeur à introduire une deuxième demande—La Cour ne peut maintenant écarter la décision de ce dernier et rejeter la demande de contrôle judiciaire en raison d'abus de procédure ou de la chose jugée—Étant donné que l'on ne peut pas faire appel d'une décision accordant ou refusant l'autorisation, la décision du juge Lemieux est définitive—Le jugement de la C.A.F. *Canada (Solliciteur général) c. Bubla*, [1995] 2 C.F. 680 est appliqué—La Cour ne peut pas réviser ni infirmer, directement ou indirectement, la décision rendue par le juge

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

Lemieux d'accorder au demandeur l'autorisation d'introduire la demande de contrôle judiciaire—La requête du défendeur est rejetée.

GUZMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4810-99, 2002 CFPI 15, juge Nadon, ordonnance en date du 8-1-02, 8 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL**DROITS ANCESTRAUX ET DROITS ISSUS DE TRAITÉS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'approuver la construction d'une route d'hiver traversant le Parc national Wood Buffalo (PNWB) et servant des fins non liées à la gestion du parc—Le 25 mai 2001, Parcs Canada a déterminé que la construction de la route d'hiver dans le PNWB n'entraînerait pas de répercussions environnementales importantes si certaines mesures d'atténuation étaient prises—Par conséquent, la route a été approuvée—La Première nation crie mikisew et ses membres soutiennent qu'ils jouissent, en vertu d'un traité, du droit de chasser, de trapper, de pêcher et de se livrer à leur mode de vie traditionnel dans le territoire du PNWB et que la construction de la route portera atteinte à ces droits—La nation crie mikisew est une bande indienne au sens de la Loi sur les Indiens, visée par le Traité n° 8—La ministre du Patrimoine canadien a-t-elle manqué aux obligations, fiduciaire ou constitutionnelle, auxquelles elle était tenue envers les Mikisews aux termes de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?—Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour suprême a énoncé le critère, maintenant bien établi, qui s'applique lorsque la Couronne accomplit, dans l'exercice de ses attributions, des actes qui ont des incidences sur les droits ancestraux ou issus de traités—Les buts que poursuivaient les parties quand elles ont conclu le traité peuvent être établis au moyen d'éléments de preuve extrinsèque—La preuve permet amplement de conclure que la signature du traité n° 8 a donné naissance à un droit de chasse et de piégeage dans le PNWB, lequel jouit d'une protection constitutionnelle—Y a-t-il eu extinction du droit issu de traité permettant de chasser et de trapper dans le PNWB, par suite d'une loi, de la «prise» de terres, d'une «utilisation visible et incompatible» ou d'un règlement?—Les droits issus de traités sont protégés de l'extinction par le principe selon lequel la Couronne doit prouver une «intention claire et expresse» d'éteindre le droit en cause—Ni l'établissement du PNWB ni les dispositions réglementaires ayant temporairement régi, à des fins de conservation, le droit de chasser et de trapper des Mikisews dans le parc, ne révèlent une intention claire et expresse d'éteindre ce droit—Il ressort du libellé clair du Traité n° 8 que seules deux restrictions s'appliquent au droit de chasser et de trapper—Les terres du PNWB n'ont pas été «prises» d'une façon qui soit incompatible avec l'exercice du

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

droit réglementé des Mikisews de chasser et de trapper—L'exercice du droit de chasser et de trapper n'est pas incompatible avec l'utilisation du territoire comme parc national, en particulier s'il s'agit d'un parc aussi vaste et aussi isolé que le PNWB—La Couronne n'a pas prouvé, comme il le lui incombait, l'existence de l'«intention claire et expresse» d'éteindre les droits issus de traité—Il faut donc que toute atteinte à ces droits soit justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*—Lorsque l'atteinte à première vue a été établie, c'est à la Couronne que passe le fardeau de prouver qu'elle est justifiable—Le projet de route d'hiver a été retenu pour accomplir l'objectif législatif consistant à répondre aux besoins régionaux en matière de transport—Cet objectif n'est pas suffisamment «impérieux et réel» pour justifier l'atteinte à des droits issus de traité jouissant d'une protection constitutionnelle—La consultation doit être entreprise dans l'intention véritable de tenir réellement compte des préoccupations de Premières nations—L'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée—La ministre n'a pas prouvé qu'elle avait procédé à une consultation digne de ce nom—La conclusion selon laquelle il n'y a pas eu de consultation suffisante suffit pour contester la décision de la ministre—La ministre soutient que toutes les mesures ont été prises pour faire en sorte que la construction et l'exploitation de la route d'hiver entraînent le moins de conséquences possible—Les mesures d'atténuation accompagnant la décision de la ministre n'ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisews et n'étaient pas conçues pour minimiser les empiétements sur leurs droits—Une seule des sept mesures énumérées par la ministre se rapporte directement à la réduction des incidences sur les droits issus de traité—La décision de Parcs Canada d'approuver le projet de route d'hiver traversant le PNWB n'est pas une atteinte justifiée aux droits des Mikisews issus de traité, parce que la ministre ne s'est pas conformée à son obligation de consulter les Mikisews—Demande accueillie—Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch.11 (R.-U.) [L.R.C. 1985, appendice II, n° 44], art. 35(1).

PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-1141-01, 2001 CFPI 1426, juge Hansen, ordonnance en date du 20-12-01, 82 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Requête visant à faire ordonner la divulgation d'une déclaration d'avaries particulières, résultant de dommages causés par le feu au navire de pêche *Knight Dragon*, ainsi

DROIT MARITIME—Suite

qu'aux travaux du propriétaire qui avaient lieu en même temps qu'étaient réparés les dommages assurés causés par le feu—La défenderesse souhaite obtenir la divulgation de la Déclaration afin de distinguer les travaux du propriétaire des travaux occasionnés par les dommages causés par le feu et de déterminer si le temps de réparation a dû être prolongé en raison des travaux du propriétaire (ce qui pourrait signifier une réduction de la réclamation pour perte de jouissance)—Selon la règle 225 des Règles de la Cour fédérale (1998), il peut être ordonné de divulguer, dans l'affidavit de documents, tout document pertinent qui est en la possession, sous l'autorité ou la garde de l'une des parties—Dans le cas d'une réclamation pour avaries particulières, l'assureur maritime nomme un expert pour compiler et répartir toutes les dépenses y afférentes—La compilation permet de faire le décompte approximatif de ce qui est causé par un risque assuré et de ce qui relève du propriétaire, habituellement des travaux commandés par ce dernier et qui sont réalisés en même temps que les réparations assurées—D'après la décision *Compagnie Financière du Pacifique c. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.), un document est pertinent lorsqu'on peut raisonnablement supposer qu'il contient des renseignements pouvant, et non devant, soit directement, soit indirectement permettre à la partie qui exige l'affidavit ou bien de plaider sa propre cause ou bien de nuire à celle de son adversaire—Les tribunaux considèrent généralement les déclarations d'avaries comme une preuve *prima facie* des détails, des calculs, et de la répartition des avaries, parce que la profession d'expert répartiteur est une profession ancienne et honorable, avec des règles de pratique bien établies qui sont d'un grand secours au moment de déterminer comment les réclamations doivent être réglées—En outre, le rapport d'un expert répartiteur est neutre—La défenderesse a établi un motif d'action *prima facie* relativement à la divulgation de la Déclaration d'avaries particulières qu'elle considère comme un document pertinent (qui relève à la fois de l'affaire *Peruvian Guano* et de la règle 222(2))—Que la Déclaration d'avaries particulières se réfère aux conditions d'une police et à ce qui est recouvrable des assureurs, points qui ne sont pas pertinents en l'espèce, n'écarte pas la pertinence vraisemblable du document—La production d'un document ne se mesure pas en termes de pertinence élevée ou de pertinence marginale: même un document de pertinence marginale doit être produit—Même si l'autre partie dispose déjà d'un document donné, en provenance d'une autre source, il doit aussi être produit—Bien que la Déclaration d'avaries particulières puisse contenir des renseignements qui ne sont absolument pas pertinents, cela n'empêche aucunement la production du document comme document pertinent si celui-ci est marginalement pertinent—La répartition des travaux constitue un renseignement pertinent—Il n'existe pas de raison impérieuse pour que la Déclaration ne soit pas divulguée—Requête

DROIT MARITIME—Suite

accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 222(2), 225.

FIDDLER ENTERPRISES LTD. C. ALLIED SHIPBUILDERS LTD. (T-842-99, 2002 CFPI 44, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 15-01-02, 9 p.)

TRANSPORT DES MARCHANDISES

La question qui est au cœur du présent litige est celle de savoir si l'eau de mer a causé les avaries à une cargaison de 240 bobines d'acier galvanisé laminé à chaud, pesant 4 510 tonnes métriques, que Nova Steel Ltd. a achetée au prix de 1 668 700 \$ par l'entremise de J.B. Multi-National Trade Inc., une société de courtage en acier canadienne, à Unibros Steel Co., une maison de courtage internationale ayant son siège à Chypre—La marchandise, fabriquée en Russie, a été transportée par rail jusqu'à Riga, en Lettonie, où elle a été entreposée sur un quai du port—Elle a été embarquée, le 27 janvier 1995, sur le *Kapitonas Gudín*, puis déchargée au port de Montréal les 20 et 21 février 1995—Les parties conviennent que les Règles de La Haye-Visby s'appliquent en la matière—L'action est accueillie—La demanderesse n'a pas établi en fonction de la prépondérance des probabilités que les bobines étaient en bon état lorsqu'elles ont été chargées à bord du *Kapitonas Gudín*—Néanmoins, les demanderesse ont prouvé la responsabilité en démontrant que le *Kapitonas Gudín* avait directement causé les dommages qu'elles ont subis—Les preuves fournies sont indiscutables: la piqûration a eu lieu alors que les bobines étaient sous la garde du *Kapitonas Gudín* puisqu'elles étaient exposées à l'eau de mer ou au sel marin durant le voyage—Les dédommagements convenus représentaient et confirmaient la perte subie par Nova Steel—La vente de récupération était un moyen approprié de savoir quelle serait la meilleure utilisation, et aussi la plus rentable, des bobines endommagées—Cette vente a été effectuée dans un délai raisonnable—Règles de La Haye-Visby, qui constituent l'annexe I de la Loi sur le transport de marchandises par eau, L.R.C. (1985), ch. C-27.

NOVA STEEL LTD. C. *KAPITONAS GUDIN* (LE) (T-958-95, 2002 CFPI 100, juge Lemieux, jugement en date du 29-1-02, 53 p.)

Action portant sur une réclamation concernant 266 bobines d'acier galvanisé laminé à froid faisant partie d'une cargaison maritime de 279 bobines, régie par les Règles de La Haye-Visby—La cargaison est partie de la Lettonie à destination de Montréal en janvier/février 1995 à bord du navire *Kapitonas Gudín*—La loi qui s'applique a été définie dans *Nova Steel Ltd. c. Kapitonas Gudín (Le)*, [2002] A.C.F. n° 121 (QL)—Le connaissement portait la mention suivante: [TRADUCTION] «Taches de rouille. Mouillé avant le chargement»—À l'ouverture des cales à Montréal, toutes les

DROIT MARITIME—Fin

bobines étaient mouillées et les plafonds de ballast étaient recouverts d'une certaine quantité d'eau—L'avocat des défendeurs a soutenu que les bobines galvanisées étaient endommagées dès avant leur chargement à bord du *Kapitonas Gudín* et que leur détérioration n'était nullement imputable au transporteur—Il a aussi été soutenu que les indemnités consenties ne constituaient pas la preuve que la demanderesse a subi une perte—Action accueillie—Suivant la décision *Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (1^{re} inst.), la demanderesse ne s'est pas acquittée du fardeau initial consistant à établir, à première vue, que la marchandise, confiée au navire *Kapitonas Gudín*, était en bon état—Néanmoins, la preuve que la cargaison a été avariée par oxydation est convaincante—Dans l'affaire *Nova Steel*, le propriétaire de la cargaison avait démontré la présence d'eau de mer ou de sel marin dans les cales du *Kapitonas Gudín* durant le voyage—Une bonne partie des éléments de preuve a trait à la cargaison de bobines d'acier galvanisé laminé à froid—La prépondérance des probabilités appuie la conclusion voulant que l'eau de mer ait pénétré dans les écoutes durant la grosse tempête—L'ensemble de ces preuves porte à conclure à la négligence et à l'état d'innavigabilité du *Kapitonas Gudín*—Le *Kapitonas Gudín* est entièrement responsable puisque les défendeurs n'ont pas fourni de preuve visant à répartir les dommages—Règles de La Haye-Visby, qui constituent l'annexe de la Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. 1985, ch. C-27.

SAMUEL, SON & CO. LTD. C. *KAPITONAS GUDIN* (LE) (T-1597-95, 2002 CFPI 101, juge Lemieux, jugement en date du 29-1-02, 23 p.)

ENVIRONNEMENT

Les demandeurs, des groupes de défense de l'intérêt public ayant pour objectif de promouvoir la protection de l'environnement et la gestion profitable des ressources naturelles, présentent trois demandes de contrôle judiciaire à l'encontre d'un vaste projet d'exploitation de sables bitumineux (Projet Millennium) entrepris par Suncor Energy Inc. dans le nord de l'Alberta—Ils contestent la légalité de la décision prise par le ministre de l'Environnement en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) et de la décision prise par le ministre des Pêches et des Océans (MPO) de délivrer les autorisations prévues par la Loi sur les pêches qui doivent permettre à Suncor de détériorer ou de détruire l'habitat du poisson pour la construction et l'exploitation du projet—Le ministre de l'Environnement de l'Alberta a obtenu l'autorisation de participer à titre d'intervenant vu le rôle important qu'a joué le Ministère albertain dans le processus réglementaire global utilisé par la province de l'Alberta pour contrôler l'exploitation et le développement des ressources naturelles dans la province, y

ENVIRONNEMENT—Suite

compris l'exploitation des sables bitumineux—Suncor devait soumettre une demande officielle d'examen et d'approbation à Alberta Environment en vertu de la Environmental Protection and Enhancement Act (EPEA) et à l'Alberta Energy and Utility Board (l'office) en vertu de la Oil Sands Conservation Act—Suncor a préparé une seule évaluation d'impact sur l'environnement (EIE) au soutien de la demande relative au Projet—L'office a tenu une audience publique—Suncor a obtenu deux approbations à la suite du processus suivi en Alberta qui ont été délivrées par l'office et par Alberta Environmental Protection (AEP)—L'office s'est dit convaincu que si Suncor et toutes les autres compagnies exploitant les sables bitumineux de la région continuaient de participer à la stratégie régionale de développement durable (SRDD) et à l'initiative de gestion des effets cumulatifs sur l'environnement (IGECE), ces initiatives pourraient s'avérer suffisantes pour contrôler efficacement les effets environnementaux cumulatifs dans la région—Il a été question du processus environnemental fédéral parce que le Projet exigeait une autorisation du MPO au motif de la détérioration, de la destruction ou de la perturbation de l'habitat du poisson—À l'appui de la demande soumise au MPO a été versée la même EIE qui avait été produite devant l'office—L'évaluation environnementale devait prendre la forme d'un examen d'étude approfondie (EEA) qui devait être mené conformément aux exigences de l'art. 16(1) et (2) de la LCEE—Il apparaît, à la lecture de l'EIE, que l'autorité responsable, auteure du rapport, était parfaitement au courant des initiatives entreprises en Alberta par le gouvernement et l'industrie en vue de corriger les effets négatifs de l'exploitation des sables bitumineux sur l'environnement—Lorsque l'EEA examine les éventuels effets du Projet sur l'environnement, il est fait mention à plusieurs reprises des initiatives mises en œuvre par l'Alberta—Les dernières mesures prises ont été la délivrance par l'autorité responsable de deux autorisations autorisant les forages d'exploration (17 août 1999) et autorisant Suncor à mettre en œuvre le Projet (21 décembre 1999)—Demandes accueillies—Les demandeurs ont satisfait au deuxième et au troisième volet du critère applicable à la qualité pour agir défini par la CSC dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236—Ils contestent la validité des décisions prises par les ministres défendeurs et la présente Cour est l'instance appropriée pour trancher la question—Dans la mesure où la décision du ministre de l'Environnement est fondée sur l'interprétation de la loi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte—Dans la mesure où les questions ont trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'autorité responsable, la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable—La détermination de la portée du Projet est une question qui est laissée à la discrétion de l'autorité responsable—La décision prise par le ministre de

ENVIRONNEMENT—Suite

l'Environnement d'agir en vertu de l'art. 23a) ou b) constitue aussi une décision discrétionnaire dans les limites de son pouvoir—L'évaluation de l'importance des effets environnementaux est également une décision de nature discrétionnaire—Le ministre de l'Environnement avait effectivement tenu compte de la SRDD pour rendre sa décision et il avait jugé qu'il s'agissait de mesures d'atténuation—Puisque la LCEE exige du ministre de l'Environnement qu'il tienne compte de l'EEA et puisque l'art. 16 de la LCEE exige de l'autorité responsable qu'elle tienne compte des mesures d'atténuation pour préparer l'EEA, reste à savoir si la décision du ministre de l'Environnement de s'appuyer sur la stratégie régionale de SRDD constitue une interprétation correcte de l'art. 16 de la Loi ou si elle représente plutôt une décision raisonnable dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—Le fait que le ministre ait décidé de s'appuyer sur les pouvoirs et les initiatives de réglementation provinciaux, y compris la SRDD, et les initiatives du secteur privé telles que la CEEMI, qui échappent au pouvoir d'application et de contrôle du gouvernement fédéral, constitue une erreur d'interprétation de son obligation de tenir compte des mesures d'atténuation dans le cadre de l'examen d'étude approfondie—Il a donc commis une erreur d'interprétation de la Loi—Même si cette conclusion se révélait erronée, la décision de s'en remettre à des processus sur lesquels le ministre n'a aucun contrôle ne constitue pas un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire—Ni l'art. 12 ni aucune autre disposition de la LCEE ne prévoit que le ministre de l'Environnement ou toute autre autorité fédérale peut se dégager de ses obligations en participant volontairement aux processus et aux initiatives de réglementation provinciaux—Le MPO a commis une erreur de droit additionnelle en délivrant les autorisations—L'effet conjugué des art. 17, 20(1), 23a) et 37(1) est que l'autorité responsable assume une obligation impérative non susceptible de délégation de veiller à l'application des mesures d'atténuation—Le dossier montre que le MPO s'est fié aux mesures d'atténuation proposées et mises en œuvre par l'Alberta—Il s'agissait de confiance mal placée et la délivrance des autorisations par le MPO était déraisonnable—Quant aux mesures de réparation, les travaux visés par les deux autorisations avaient déjà été exécutés au moment où ces demandes étaient entendues—Rendre une ordonnance d'interdiction ne ferait aucun sens—Et il n'y aurait aucun avantage à rendre une ordonnance annulant la décision prise par le ministre de l'Environnement puisqu'une telle décision n'aurait aucune conséquence utile—Cependant, il est déclaré que la décision du ministre est entachée d'une erreur de droit—Il est déclaré que les décisions du MPO étaient déraisonnables et que, si cela pouvait s'avérer d'une utilité quelconque, elles devraient être annulées—Il est déclaré en outre que, pour le cas où le besoin s'en ferait sentir, les

ENVIRONNEMENT—Fin

ministres défenseurs devraient prendre les mesures qui s'imposent pour satisfaire aux obligations qui leur sont imposées dans la LCEE—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 17, 20(1), 23a), 37(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 3)—Environmental Protection and Enhancement Act, S.A. 1992, ch. E-13.3—Oil Sands Conservation Act, S.A. 1983, ch. O-5.5.

ENVIRONMENTAL RESOURCE CENTRE C. CANADA (MINISTRE DEL'ENVIRONNEMENT) (T-274-99, T-1799-99, T-100-00, 2001 CFPI 1423, juge Heneghan, ordonnance en date du 20-12-01, 66 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PRATIQUE**

Appel à l'encontre du refus du juge des requêtes d'accorder une ordonnance de *mandamus* et un bref de *certiorari* (2001 CFPI 39; [2001] A.C.F. n° 180 (QL))—Les appelants sont des membres du Bureau d'opposition des marques de commerce qui ont demandé une révision officielle de leur classification dans le groupe et niveau PM-06 (Administration des programmes)—Un Comité de classification a décidé à l'unanimité que leurs postes ne pouvaient pas être classés dans le groupe du Droit (LA)—Les appelants ont déposé un grief—Conformément à la Procédure de règlement des griefs de classification du Conseil du Trésor, les griefs ont été soumis à un Comité de griefs de classification—De l'avis unanime du Comité, le groupe LA constituait la «meilleure solution» pour les postes—L'art. VI.A.1 de la Procédure de règlement des griefs de classification prévoit que le délégué de l'administrateur général peut confirmer la recommandation du Comité ou trancher en cas de décision partagée majoritaire ou minoritaire; s'il rejette une recommandation unanime du Comité, il doit en aviser l'administrateur général—En pareil cas, la nouvelle décision doit être approuvée par l'administrateur général en personne—En juillet 1999, le délégué a notifié aux appelants que la décision finale serait reportée pour permettre le processus de consultation du ministère de la Justice établi par le bulletin n° 48-87—Les parties ont convenu que le bulletin ne s'appliquait pas aux griefs—En décembre 1999, le ministère de la Justice a déclaré qu'il n'était pas d'accord avec la recommandation du Comité—Le 5 janvier 2000, les appelants ont déposé une demande de contrôle judiciaire sollicitant une ordonnance de *mandamus* obligeant le délégué à mettre en œuvre la décision antérieure de confirmer la recommandation unanime du Comité—Des lettres datées du 11 janvier 2000 du délégué ont avisé les appelants que leur postes ne seraient pas reclassifiés dans le groupe LA—Le 13 janvier 2000, les appelants ont déposé une seconde demande de contrôle judiciaire sollicitant un bref de *certiorari* annulant la décision du 11 janvier 2000—En mars 2000, l'employeur a annulé la décision du 11 janvier 2000, qui avait rejeté les griefs—Il a été convenu de

FONCTION PUBLIQUE—Suite

suspendre le processus de décision du sous-ministre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue en appel—Les appelants ont soutenu qu'en approuvant le rapport du Comité, le délégué a exercé son pouvoir discrétionnaire en leur faveur et est devenu *functus officio*—L'appel est rejeté—Selon le principe du *functus officio*, en règle générale lorsqu'un tribunal administratif exerçant un pouvoir juridictionnel a statué définitivement sur une question, l'affaire est close et aucune modification ne peut être apportée à la décision en l'absence d'un droit d'appel—Les seules exceptions concernent le tribunal ou le décideur qui est autorisé par la loi à reconsidérer sa décision, le cas d'une faute matérielle dans la rédaction de la décision ou d'une erreur dans l'expression de l'intention manifeste du décideur, ou encore le cas d'une décision non valide—Toutefois, les tribunaux ne délivrent pas de *mandamus* pour forcer un tribunal ou un décideur à prendre une décision en particulier, dans le cas où la décision n'a pas été prise ou dans le cas où le pouvoir de décision est de nature discrétionnaire—Le juge des requêtes a décidé à bon droit que le délégué n'avait jamais pris de décision définitive à l'égard des griefs, fait qui se vérifie 1) par la lettre de juillet 1999 du délégué indiquant qu'il ne pouvait prendre une décision avant d'avoir mené à terme le processus de consultation; 2) par le fait que le processus de consultation n'a pris fin qu'en janvier 2000, beaucoup plus tard que l'«approbation» du rapport par le délégué, ce qui suggère que l'approbation était une pure formalité plutôt qu'un acte de nature décisionnelle; 3) par la décision du délégué du 11 janvier 2000 prouvant que le délégué a continué de suivre la procédure décisionnelle exposée dans sa lettre de juillet 1999—La Cour n'est pas habilitée à faire des conjectures sur les raisons qui ont incité le délégué à approuver le rapport—Le dossier indique que le Comité entendait que sa décision soit traitée comme une recommandation et mise en œuvre en conséquence—L'erreur commise en autorisant le ministère de la Justice à établir la classification correcte est une entrave injustifiée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ou une sous-délégation d'autorité non autorisée—Conformément à l'art. VI.A.1, le délégué doit décider de manière définitive d'approuver ou de rejeter la recommandation du Comité—Le délégué est libre de consulter d'autres personnes à la condition que la décision reste véritablement la sienne—Les observations qu'il pourrait recevoir doivent être portées à la connaissance des appelants, à qui il faut donner un délai raisonnable pour y répondre—Comme le procureur général a reconnu que la décision du 11 janvier 2000 manquait à l'obligation d'équité et qu'elle était de ce fait nulle et sans effet, il est inutile que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en rendant officiellement une ordonnance d'annulation—Le délégué a l'obligation de se conformer aux exigences de l'art. VI.A.1, en confirmant ou rejetant la recommandation du 23 août 1999.

HERZIG C. CANADA (MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE) (A-94-01, 2002 CAF 36, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 28-1-02, 10 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent chargé des enquêtes de la CFP rejetant, parce que non fondée, la plainte du demandeur relative à une enquête ministérielle sur une plainte antérieure de harcèlement portée contre le directeur des opérations (DO) de la Garde côtière canadienne (GCC) à Halifax—Après le dépôt de la plainte initiale, la secrétaire administrative du supérieur du DO a entrepris une enquête concernant une allégation de harcèlement et d'abus de pouvoir de la part du demandeur envers une compagne de travail, et finalement conclu qu'il y avait eu harcèlement—Le refus de l'agent de la CFP de considérer que les observations faites dans un compte rendu sur les allégations de harcèlement de cette compagne de travail contre le demandeur étayait les appréhensions de ce dernier quant à un conflit d'intérêts de la part du supérieur du DO—L'agent de la CFP a aussi conclu qu'il était injustifié d'intervenir relativement à l'enquête menée par la GCC au sujet de la plainte de harcèlement du demandeur contre le DO—Demande rejetée—La décision de l'agent de la CFP visée en l'espèce a été prise par une personne possédant l'expertise nécessaire pour examiner les questions de fait soulevées par les plaintes liées à l'emploi—Compte tenu des objets étendus de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, l'expertise de l'agent, lorsqu'il agit au nom de la Commission et exerce son jugement pour apprécier les faits et les conséquences sous-jacentes à une plainte, appelle un degré élevé de retenue—Norme de la décision manifestement déraisonnable appropriée en l'espèce—Norme non satisfaite ici en ce qui touche la décision de l'agent—Aucun défaut d'avoir examiné des éléments de preuve qui auraient dû l'être—Aucune preuve de participation du supérieur du DO à l'enquête sur la plainte déposée par la compagne de travail—Il n'a pas été tenu compte d'éléments de preuve non pertinents—L'agent de la CFP n'a pas commis d'erreur se rapportant à la lettre du supérieur du DO et en estimant qu'elle était pertinente—La conclusion de l'agent de la CFP n'était pas manifestement déraisonnable—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33.

ADAMS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1825-00, 2002 CFPI 80, juge MacKay, ordonnance en date du 24-1-02, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Dividendes*

Appel de la décision du juge de la C.C.I. ((2000) D.T.C. 2121) annulant les cotisations établies pour les années d'imposition 1993 et 1994 du contribuable au motif qu'il ne recevait pas de dividende réputé au sens de l'art. 84.1 de la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

LIR—Appel incident quant à la question de savoir, au cas où l'appel serait accueilli, comment ce dividende réputé devrait être calculé—La question étroite soulevée par l'appel est celle de savoir si le renvoi, dans l'art. 84.1 de la LIR, à l'art. 186(4), incorpore la définition du mot «contrôle» que l'on trouve à l'art. 182(2)—L'intimé est l'actionnaire majoritaire de Leader Fishing Ltd., société qui exploite une entreprise de pêche—L'intimé a vendu aux compagnies de ses enfants des actions de Leader—Le MRN a établi les cotisations au motif que l'intimé avait disposé d'actions de Leader en faveur de chacune des sociétés des enfants, avec lesquelles il avait un lien de dépendance, et, immédiatement après la disposition, lui et lesdites sociétés étaient rattachés, au sens de l'art. 186(4), de sorte que chacune des sociétés était réputée lui avoir versé un dividende suivant l'art. 84.1(1)b)—Il s'agit d'un dividende imposable représentant un revenu tiré d'un bien—Le juge de la C.C.I. a décidé que la transaction n'avait donné lieu à aucun dividende réputé car le contribuable n'était pas rattaché aux acheteurs des actions au sens de l'art. 186(4), au motif que la notion de «contrôle», telle que la définit l'art. 186(2) ne s'appliquait pas—Il a ajouté incidemment que, s'il existait un dividende réputé, il devait être calculé par rapport à la juste valeur marchande des billets plutôt que par rapport à la juste valeur marchande des actions—L'appel et l'appel incident sont accueillis—L'art. 84.1(1) incorpore la notion de rattachement au sens qu'attribue l'art. 186(4) au terme «rattachée», lequel incorpore la notion de «contrôle» au sens que lui attribue l'art. 186(2) de la LIR—L'art. 84.1 a été initialement conçu pour prévenir la chute des valeurs le jour de l'évaluation—Il s'agissait, et il s'agit toujours, d'une disposition contre la disparition des excédents—En 1984, l'art. 84.1 a été élargi pour tenir compte du fait que des individus pouvaient réaliser des plus-values non impossibles sur des actions de sociétés exploitant de petites entreprises—Quant à l'appel incident, la juste valeur marchande reflétée dans la partie D de l'art. 84.1(1)b) de la LIR n'est pas la juste valeur marchande des actions en cause mais la juste valeur marchande de la contrepartie non stipulée en actions qu'a reçue le contribuable pour les actions en cause, en l'occurrence les billets, dont la juste valeur marchande a été fixée d'un commun accord à 318 268 \$ et à 104 998 \$ pour les années d'imposition 1993 et 1994 respectivement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 84.1(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 39(1), ch. 32, art. 19(1); 1980-81-82-83, ch. 140, art. 49(1); 1986, ch. 6, art. 44(1); 1991, ch. 49, art. 63(1)), 186(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 11(3)), (4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 85(2), ch. 32, art. 42(2); 1980-81-82-83, ch. 140, art. 11(4); 1983-84, ch. 1, art. 93(2)).

CANADA C. OLSEN (A-421-00, 2002 CAF 3, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 14-1-02, 14 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des oppositions des marques de commerce (COMC) refusant l'enregistrement de la marque de commerce de la demanderesse «Big Apple Bagels» & Design en liaison avec des produits de boulangerie, des produits déli, des boissons non alcoolisées et des services de restaurant et de mets à emporter—Le registraire a conclu qu'à la date du dépôt de l'opposition, la marque n'était pas distinctive des marchandises et services de la demanderesse et créait de la confusion avec les marques déposées de la défenderesse— C'est la demanderesse qui assume le fardeau légal de prouver que sa marque est adaptée pour distinguer ses services de ceux fournis par d'autres personnes au Canada ou qu'elle les distingue véritablement—La norme à appliquer relativement aux conclusions de fait et à l'application du droit aux faits est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—La norme à appliquer à des questions strictement juridiques est celle de la décision correcte—Il s'agit en l'espèce de questions strictement juridiques portant sur la date servant à déterminer le caractère distinctif et sur l'existence de la nécessité de démontrer l'emploi exclusif au Canada pour prouver le caractère distinctif—Ces questions ne relèvent pas de la spécialité de la COMC—Bien qu'une marque de commerce puisse être enregistrée même pour un territoire limité, il ne s'agit pas d'une demande visée par les art. 12(2) ou 13 de la Loi sur les marques de commerce—En conséquence, la réputation des marques «the Big Apple» et «Apple Design» de la défenderesse, non seulement dans la région de Colborne mais aussi dans toute la zone du couloir de la 401, fait obstacle au caractère distinctif requis pour justifier l'enregistrement de la marque de commerce de la demanderesse—Il est possible de rejeter une demande d'enregistrement au motif qu'elle n'est pas distinctive, indépendamment de la question de la confusion, à condition que ce moyen soit invoqué dans une opposition: *Clarco Communications Ltd. c. Sassy Publishers Inc.* (1994), 54 C.P.R. (3d) 418 (C.F. 1^{re} inst.)—Il y a confusion de marque de commerce lorsque le public peut vraisemblablement être porté à croire que les marchandises mises en vente par la requérante ont été approuvées par l'opposante et que cela va, dans l'esprit du consommateur, semer le doute et l'incertitude: *Glen-Warren Productions Ltd. c. Gertex Hosiery Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 7 (C.F. 1^{re} inst.)—La date à laquelle s'évalue le caractère distinctif est celle de la production de l'opposition *American Assn. of Retired Persons c. Assoc. canadienne des individus retraités* (1998), 84 C.P.R. (3d) 198 (C.F. 1^{re} inst.)—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 12(2), 13.

BAB HOLDINGS, INC. C. THE BIG APPLE LTD. (T-1623-00, 2002 CFPI 72, juge McKeown, ordonnance en date du 22-1-02, 8 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

INSCRIPTION

Requête en jugement sommaire pour obtenir un jugement déclaratoire selon lequel les demandeurs sont des membres de la Bande indienne de Samson—La Cour ne peut pas statuer de façon convenable sur les moyens soulevés par les demandeurs dans le cadre d'un jugement sommaire—La preuve est purement documentaire—Les documents portent à confusion, sont souvent contradictoires et il n'y a pas de preuve d'expert pour aider la Cour à interpréter les documents et à comprendre leur contexte—Cependant, après l'entrée en vigueur des modifications à la Loi sur les Indiens en 1987, le registraire a ajouté les noms des demandeurs à la liste de la Bande indienne de Samson—Bien que la Loi contienne des dispositions régissant les protestations au sujet de l'inclusion, par le registraire, du nom d'une personne dans la liste de bande, ou de son exclusion, la bande n'a pas formulé de protestation à l'égard de l'inclusion des deux demandeurs dans la liste de la Bande indienne de Samson, et il s'agit là d'un fait indéniable—Bien que la bande ait toujours soutenu que le registraire n'a pas le pouvoir de décider de l'appartenance à la bande, celle-ci n'a pas défendu cette position dans la présente requête en jugement sommaire—Dans la présente action, la bande a plaidé qu'elle n'est pas assujettie aux dispositions des modifications de la Loi—Aucun élément de preuve n'a été produit à l'appui de la position de la bande sur la question constitutionnelle et aucun avis n'a été donné conformément à l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour ne peut donner gain de cause à la bande dans la requête en jugement sommaire et a donc rendu un jugement contre elle; le moyen de défense de la bande sur la question constitutionnelle est rejeté—Un jugement déclaratoire selon lequel les demandeurs sont, depuis au moins le 29 juin 1987, membres de la bande indienne de Samson, sera donc rendu—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 32)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

WARD C. NATION CRIE DE SAMSON n° 444 (T-1244-92, 2002 CFPI 176, juge Hugessen, jugement en date du 19-2-02, 4 p.)

PRATIQUE

GESTION DE L'INSTANCE

Appel d'une ordonnance rendue par le protonotaire adjoint (P.A.) reportant pour renvoi après l'instruction tout ce qui touche la question des dommages-intérêts—1) Le P.A. n'a pas commis d'erreur de droit en ordonnant la disjonction en l'absence d'un avis de requête—La règle 47 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit que, sauf disposition contraire des Règles, la Cour peut exercer ses pouvoirs discrétionnaires de sa propre initiative—La définition de «Cour» inclut le

PRATIQUE—Suite

protonotaire agissant dans les limites de sa compétence—La règle 107 permet à la Cour d'ordonner à tout moment que les questions en litige dans une instance soient jugées séparément—Elle n'exige pas que ce pouvoir ne soit exercé que sur requête—2) Le P.A. a agi dans les limites de sa compétence en prononçant l'ordonnance de disjonction—La règle 385(1)a) autorise le protonotaire affecté en vertu de la règle 383c) pour aider à la gestion d'une instance dans laquelle plus de 50 000 \$ sont en jeu, à donner toute directive nécessaire pour permettre d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—La disjonction d'une question en litige vise précisément cet objectif—Selon la règle 385(1), le protonotaire a toute compétence pour prononcer une ordonnance de disjonction, que la procédure principale soit ou non l'une de celles visées à la règle 50(2)—Cette conclusion est confirmée par le fait que les ordonnances de disjonction ne sont pas mentionnées à la règle 50(1) qui restreint la compétence du protonotaire—La norme de contrôle applicable aux appels interjetés en vertu de la règle 51, dans les cas où l'ordonnance visée par la demande de contrôle a été rendue dans un contexte de gestion de l'instance, a été établie dans *Bande indienne de Sawridge c. Canada*, [2002] 2 C.F. 346 (C.A.): la Cour n'intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé—*Microfibres Inc. c. Annabel Canada Inc.* (2001), 16 C.P.R. (4th) 12 (C.F. 1^{re} inst.), selon laquelle cette observation s'applique par analogie aux décisions discrétionnaires que rend un protonotaire chargé de la gestion de l'instance dans une affaire complexe—Étant donné que la définition de «juge responsable de la gestion de l'instance» comprend à la fois juges et protonotaires, et que les pouvoirs octroyés par la règle 385(1) à un protonotaire qui aide à la gestion d'une instance sont les mêmes que ceux octroyés à un «juge responsable de la gestion de l'instance», aucun fondement valable ne permet de conclure que la norme de contrôle utilisée dans le cas d'ordonnances de disjonction rendues dans le cadre d'une procédure de gestion d'instance varie selon qu'une ordonnance a été rendue par un protonotaire ou par un juge—Comme la défenderesse n'a pas établi que l'ordonnance du P.A. s'appuyait à ce point sur un principe erroné ou sur une mauvaise compréhension de tous les faits qu'il y avait manifestement usage abusif de la discrétion judiciaire, il était loisible au P.A. de conclure qu'une instruction limitée en première instance à décider de l'existence d'une responsabilité serait plus susceptible de permettre d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2 «juge responsable de la gestion de l'audience», «Cour», 47, 50, 51, 107, 383, 385.

BATES ENTERPRISE LTD. C. CANADA (T-1114-96, 2002 CFPI 123, juge Dawson, ordonnance en date du 31-1-02, 8 p.)

PRATIQUE—Suite**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Demande visant à obtenir des ordonnances de justification en vertu des art. 466b) et 467 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Le demandeur a intenté une action afin d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice découlant de la procédure abusive utilisée par Santé Canada et la Commission de la fonction publique qui a empêché sa nomination à un poste au sein de Santé Canada—Il a interjeté appel avec succès de la nomination d'un tiers au poste pour lequel il avait présenté sa candidature—Il a allégué que la défenderesse ne s'est pas conformée à une ordonnance du Tribunal canadien des droits de la personne enregistrée auprès de la Cour en 1997—Cette ordonnance résultait de la décision rendue dans l'affaire *Alliance de la Capitale nationale sur les relations inter-raciales (ACNRI) c. Canada (Santé et Bien-être social)*, [1997] C.H.R.D. n° 3 (QL)—Cette ordonnance enjoignait à Santé Canada de régler divers problèmes dans son processus de dotation et a prescrit une série de mesures correctives et de méthodes de surveillance visant à permettre aux membres des minorités visibles d'avoir des possibilités d'avancement au sein du Ministère, de manière compatible avec l'art. 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le demandeur n'était pas partie à l'ordonnance—En mars 2000, Santé Canada a demandé à la Commission de la fonction publique de doter le poste par recrutement interne—La demande précisait que les modalités de l'ordonnance ACNRI devaient être respectées, notamment celle qui prévoyait que les comités de sélection des candidats devaient comprendre un membre d'une minorité visible—Le demandeur était d'avis que le comité de sélection ne comprenait aucun membre d'une minorité visible—Le comité d'appel de la fonction publique a accueilli l'appel et a ordonné que des mesures correctives soient prises, notamment la tenue d'un nouveau concours—Le demandeur n'a pas participé au nouveau concours—Demande rejetée—Même si le demandeur est membre d'une minorité visible censée être visée par l'ordonnance ACNRI, il n'a pas qualité de partie à la procédure ayant mené à cette ordonnance—Il n'a pas non plus qualité pour agir dans l'intérêt public—Les conditions en vertu desquelles un demandeur peut contester, dans l'intérêt public, les limites d'une action administrative, qui est censée être exercée conformément à un pouvoir délégué par la loi, sont les suivantes: d'importantes questions d'intérêt général sont soulevées devant la Cour, le demandeur a un intérêt réel et il n'y a aucun autre moyen raisonnable et efficace d'obtenir la résolution du problème: *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.)—Une procédure raisonnable et efficace a été suivie et a mené à la résolution du problème, c'est-à-dire l'annulation du concours original et la tenue d'un autre concours en remplacement—Il y avait d'autres lacunes graves quant à la procédure: aucune preuve que l'inobservation de l'ordonnance ACNRI s'est poursuivie et les documents n'établissent pas les faits en preuve—Il existe d'autres problèmes d'ordre procédural: Sa Majesté la Reine ne peut faire l'objet de

PRATIQUE—Suite

procédures pour outrage; les ministères fédéraux n'ont pas de statut juridique distinct de celui de Sa Majesté et ne sont pas les défendeurs appropriés dans une demande de justification pour contraventions alléguées à une ordonnance d'un tribunal; aucune ordonnance de justification pour outrage ne saurait être délivrée à l'encontre de personnes non désignées qui n'ont pas reçu signification de l'avis de requête concernant l'ordonnance; les personnes désignées dans l'avis de requête ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance

PRATIQUE—Fin

de justification que lorsqu'il est établi qu'elles ont reçu signification en personne de l'avis de courant de l'ordonnance qu'elles auraient violée et que la preuve indique qu'elles ont violé personnellement cette ordonnance—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 466, 467—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 10.

AYANGMA C. CANADA (T-195-01, 2002 CFPI 79, juge MacKay, ordonnance en date du 25-1-02, 10 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