



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol 2, Part 1

1997, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [1997] 2 F.C., 3-278

Renvoi [1997] 2 C.F., 3-278

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1997.

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

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

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1997.

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

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

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

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

CONTENTS

Digests D-1

Appeals Noted I

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 127

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Appellant having children born in Jamaica, Canada — Suffering from mental illness, ordered deported — Whether best interests of Canadian child primary consideration in assessing applicant under Immigration Act, s. 114(2) — Proceeding under s. 114(2) involving deportation of parent, not child — Convention on the Rights of the Child not part of domestic law of Canada — Not limiting discretionary authority granted by s. 114(2) — Doctrine of legitimate expectations not creating substantive rights, inapplicable.

International law — Convention on the Rights of the Child — Whether officer, Minister in exercising discretionary authority under Immigration Act, s. 114(2) must give priority to best interests of Canadian child where deportation order made against child's parent — Case law on applicability of conventions, treaties — Convention herein not implemented by Canadian law — Not applicable as not part of law of Canada — Considering separation of powers, executive cannot alter Canadian law or infringe on provincial jurisdiction by making treaty — Though courts to interpret legislation to avoid Canada breaching international obligations, principle not applied to bring about unconstitutional results.

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1

Appels notés I

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 127

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — L'appelante a des enfants nés à la Jamaïque et au Canada — Atteinte de troubles mentaux, elle a fait l'objet d'une mesure d'expulsion — Il échet d'examiner si l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne doit être une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration — La procédure visée à l'art. 114(2) concerne l'expulsion du père ou de la mère, non pas de l'enfant lui-même — La Convention relative aux droits de l'enfant ne fait pas partie des lois internes du Canada — Elle n'a pas pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) — La doctrine de l'attente légitime ne crée aucun droit matériel, elle n'est pas applicable.

Droit international — Convention relative aux droits de l'enfant — Il échet d'examiner si l'agent d'immigration ou le ministre, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'ils tiennent de l'art. 114(2), doivent reconnaître une certaine primauté à l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne dont le père ou la mère est en instance d'expulsion — Recension de la jurisprudence en matière de conventions et de traités — La Convention dont s'agit n'a pas été mise en vigueur par une loi canadienne — Elle n'est pas applicable en tant que loi interne du Canada — Vu la séparation des pouvoirs, l'exécutif ne peut, en signant un traité, modifier les lois canadiennes ou empiéter sur la compétence provinciale — Le principe voulant que les tribunaux interprètent les lois de façon à ne pas entraîner une violation par le Canada de ses obligations internationales ne saurait s'appliquer de façon à produire un résultat inconstitutionnel.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System) (C.A.) 36

Administrative law — Judicial review — Commissioner appointed under Inquiries Act to report on safety of blood system in Canada — Notices delivered under Act, s. 13 advising named individuals, corporations, governments of possible findings of misconduct — Applications for judicial review brought by number of them, dismissed by Trial Judge — Administrative acts not beyond reach of judicial review — Courts should intervene only when content of notice implies obvious excess of jurisdiction, flagrant breach of rules of natural justice — Commissioner having no power to make findings of civil, criminal liability — Case law reviewed as to meaning of “findings of liability” — Allegations of misconduct by Commissioner not conclusions of law in respect of appellants’ civil, criminal responsibility — Commissioner not limiting jurisdiction by giving assurances to appellants — Requirements of procedural fairness met — Act giving Commissioner considerable latitude — Notices valid except for one individual — As to participation by Commission counsel in preparation of final report, case law on administrative tribunal decisions in disciplinary matters inapplicable.

Health and Welfare — Inquiry on blood system in Canada — Notices sent to individuals, corporations, governments under Inquiries Act, s. 13 — Commissioner not entitled to make conclusions of law in respect of appellants’ civil, criminal liability — Public inquiry under Inquiries Act not trial — Report not judgment — Commissioner having broad latitude, discretion — Rules of procedural fairness followed.

Elguindi v. Canada (Minister of Health) (T.D.) ... 247

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Application to set aside decision of Director, Bureau of Drug Surveillance to issue notices to Ontario College of Pharmacists, members prohibiting their dispensing narcotic drugs upon applicant’s order — Serious shortages in employer’s narcotic inventory for period when applicant

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l’enquête sur l’approvisionnement en sang) (C.A.) 36

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Un commissaire a été chargé de faire rapport sur le système canadien d’approvisionnement en sang, aux termes de la Loi sur les enquêtes — Des préavis ont été envoyés, aux termes de l’art. 13 de la Loi, avisant les individus, personnes morales ou gouvernements nommément désignés de la possibilité que des conclusions de faute soient tirées à leur égard — Les demandes de contrôle judiciaires déposées par certains d’entre eux ont été rejetées par le juge de première instance — Les actes administratifs n’échappent pas au contrôle judiciaire — Les tribunaux ne devraient intervenir que là où le contenu du préavis suppose un excès de compétence manifeste ou révèle un manquement flagrant aux règles de la responsabilité naturelle — Le commissaire n’a pas le pouvoir de formuler des conclusions de responsabilité civile ou criminelle — Examen de la jurisprudence pour déterminer la signification de «conclusions de responsabilité» — Le commissaire n’a pas formulé les allégations de faute en des termes qui équivalent à des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants — Le commissaire n’a pas limité sa compétence en donnant des assurances aux appelants — Les exigences de l’équité procédurale ont été satisfaites — Le commissaire bénéficie d’une latitude considérable en vertu de la Loi — Les préavis étaient tous valides, sauf un — La jurisprudence relative aux décisions prises par des tribunaux administratifs en matière disciplinaire n’est pas applicable en ce qui concerne la participation des avocats de la Commission à la rédaction du rapport final.

Santé et bien-être social — Enquête sur le système canadien d’approvisionnement en sang — Des préavis ont été envoyés à des individus, personnes morales et gouvernements, aux termes de l’art. 13 de la Loi sur les enquêtes — Le commissaire n’a pas le pouvoir de formuler des conclusions de droit au sujet de la responsabilité civile ou criminelle des appelants — Une enquête publique en vertu de la Loi sur les enquêtes n’est pas un procès — Le rapport d’un commissaire n’est pas un jugement — Celui-ci bénéficie d’une latitude et d’un pouvoir discrétionnaire considérables — Les exigences de l’équité procédurale ont été satisfaites.

Elguindi c. Canada (Ministre de la Santé) (1^{re} inst.) 247

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Demande d’annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l’Ordre des pharmaciens de l’Ontario et à ses membres des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante — Manques importants de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

pharmacist responsible — No reasonable apprehension of bias — Finding of breach of Narcotic Control Regulations, ss. 50(d), (e) necessary to determine whether Minister should exercise discretion to issue notice, not pre-judgment — Merely decision to proceed made within administrative framework — Director's decision relied upon documents not previously disclosed — Breach of procedural fairness — Matter should be returned to Director unless outcome inevitable — Question whether applicant could have made meaningful submissions had documents been disclosed — Given unaccountable losses for which applicant responsible, outcome inevitable, Director's decision justified.

Health and Welfare — Control of narcotics — Pharmacists — Application to set aside decision of Director, Bureau of Drug Surveillance to issue notices to Ontario College of Pharmacists, members prohibiting them from dispensing narcotic drugs upon applicant's order — Serious shortages in employer's narcotic inventory during period applicant pharmacist responsible — Narcotic Control Regulations imposing almost strict liability on pharmacists to control narcotic inventory — Applicant not providing satisfactory explanation for shortages — Based on evidence 8000 narcotic tablets missing, Director not making patently reviewable error in deciding to notify College, narcotics dealers.

Guibord v. Canada (T.D.) 17

Human rights — Judicial review of PSSRB decision refusal to allow applicant to return to job part-time not breach of duty to accommodate — Applicant becoming ill after exposure to chemical fumes in workplace — Request to return to job part-time refused on basis of operational requirements, financial constraints — Applicant refusing offer of training, employment at same pay rate at another location — Adjudicator finding offer of alternate employment constituting reasonable accommodation, grievor not providing reasonable explanation for refusal — Application dismissed — Employer having duty to accommodate disabled employees to point of undue hardship — Employee having duty to accept reasonable compromise — Employer's concerns for not accepting applicant part-time within factors

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

stupéfiants dans l'inventaire de l'employeur pour la période durant laquelle la requérante était la pharmacienne qui en avait la responsabilité — Pas de crainte raisonnable de partialité — La conclusion qu'il y avait eu contravention aux art. 50d) et e) du Règlement était nécessaire pour déterminer si le ministre devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'envoyer les avis, et elle ne permet nullement de conclure que le directeur avait préjugé de la question — Il s'agissait simplement d'une décision de passer à l'étape suivante dans le cadre de la procédure administrative — Dans sa décision, le directeur s'est fondé sur des documents qui n'avaient pas encore été divulgués — Manquement à l'équité procédurale — L'affaire devrait être renvoyée au directeur à moins que l'issue ne soit inéluctable — La requérante aurait-elle pu présenter des observations solides si les documents lui avaient été divulgués? — Compte tenu des disparitions inexplicables dont la requérante est responsable, l'issue était inéluctable et la décision du directeur est justifiée.

Santé et bien-être social — Contrôle des stupéfiants — Pharmaciens — Demande d'annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario et à ses membres des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante — Manques importants de stupéfiants dans l'inventaire de l'employeur pour la période durant laquelle la requérante était la pharmacienne qui en avait la responsabilité — Le Règlement sur les stupéfiants impose presque une responsabilité stricte aux pharmaciens en ce qui concerne le contrôle de leurs stocks de stupéfiants — La requérante n'a pas donné d'explications satisfaisantes pour expliquer les manques — Comme la preuve sur laquelle il s'est fondé démontrait que quelque 8 000 comprimés de stupéfiants avaient disparu, le directeur n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable en décidant d'envoyer un avis à l'Ordre et aux distributeurs de stupéfiants.

Guibord c. Canada (1^{re} inst.) 17

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la CRTFP selon laquelle le refus d'autoriser la requérante à reprendre son emploi à temps partiel ne contrevient pas à l'obligation d'accommodement — La requérante est tombée malade après avoir été exposée à des vapeurs de produits chimiques à son lieu de travail — Sa demande de retour au travail à temps partiel a été refusée à cause des besoins opérationnels et des compressions budgétaires — La requérante a refusé l'offre de recyclage dans un autre poste au même taux de traitement dans un autre endroit — L'arbitre a jugé que l'offre d'un autre emploi constituait une mesure d'accommodement raisonnable, et que la plaignante n'avait pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son refus — La demande est rejetée — L'employeur a l'obliga-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

relevant to determination of what constitutes undue hardship — No evidence applicant conveying concerns of medical nature relating to alternative work location — That wanted own job back only reason provided — Open to Adjudicator to hold applicant breached duty to express concerns re: detrimental effects to health of new location, thus preventing identification, development of suitable accommodation.

Public Service — Labour relations — Grievance — Library worker exposed to fumes from chemical carpet cleaner at workplace — Developing environmental sensitivity — Off sick and underwent bronchoscopy — Doctor recommending return to work on part-time basis — Reported for work but sent home by supervisor — Request denied due to operational requirements, problems caused by financial constraints, downsizing — Offered job at another location at same pay — Grievor declining without giving valid reason — Adjudicator did not err in determining employer's duty to accommodate met.

Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General) (T.D.) 84

International law — Action for damages following boarding, seizure on high seas, subsequent arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Plaintiffs seeking to establish at trial amended Coastal Fisheries Protection Regulations *ultra vires* — Issue may be raised without reference in pleadings, particulars to specific international treaties, conventions, which will be applied only if incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing — To extent international conventions, treaties considered authority for international law principles, unnecessary to plead them specifically as not pleading facts, but law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tion de proposer des accommodements à ses employés invalides dans la mesure où cela ne comporte pas de contrainte excessive — L'employé a l'obligation d'accepter un compromis raisonnable — Les préoccupations formulées par l'employeur pour ne pas accepter le travail à temps partiel de la requérante figurent parmi les facteurs pertinents pour déterminer ce qu'il faut entendre par contrainte excessive — Aucun élément de preuve n'indique que la requérante a communiqué ses préoccupations de nature médicale concernant l'autre lieu de travail proposé — La seule raison donnée était qu'elle n'accepterait rien d'autre que son poste — L'arbitre était en droit de décider que la requérante avait manqué à son obligation d'exprimer ses préoccupations concernant l'effet préjudiciable pour sa santé qu'entraînerait l'exposition à son nouveau lieu de travail, ce qui a en fait empêché son employeur de trouver et de lui proposer une mesure d'accommodement acceptable.

Fonction publique — Relations du travail — Grief — La bibliothécaire a été exposée à des vapeurs provenant d'un détergent à tapis chimique au lieu de travail — Elle a développé une intolérance au milieu — Elle a pris un congé de maladie et a subi une bronchoscopie — Le médecin a recommandé son retour au travail à temps partiel — Elle s'est présentée au travail, mais son superviseur l'a renvoyée chez elle — Sa demande a été refusée en raison des besoins opérationnels, et des problèmes causés par les compressions budgétaires et la réduction des effectifs — On lui a offert un poste dans un autre lieu de travail au même traitement — La plaignante a refusé sans fournir de raisons valides — L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a statué que l'employeur avait respecté son obligation d'accommodement.

Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 84

Droit international — Action en dommages-intérêts pour arrondissement et arrestation en haute mer, saisie et détention subséquentes d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Les demandeurs entendaient faire au procès la preuve que le Règlement sur la protection des pêcheries côtières, modifié, est illégal — Cette question peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationaux spécifiques qui seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite — Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, puisque cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown — Torts — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegations of malicious prosecution struck as not all elements of tort established — No evidence corporate plaintiff charged with offence — As to master, absence of reasonable, probable cause — Plaintiffs' pleadings established those acting on behalf of defendants acted with reasonable, probable cause under Act, Regulations — Actions supported by presumption of validity of legislation — Applies until contrary finding at trial — References to piracy, other criminal activity struck as having legal significance only in regard to criminal activity.

Crown — Practice — Parties — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Action initiated against Attorney General, Minister of Fisheries and Oceans (MFO) — Ministers should not be named as defendants where no claim against them in personal capacities — Federal Court Act, s. 48(1) directing, except where otherwise authorized, proceeding against Crown to be instituted in form set out in Schedule — Form 2(2) naming Her Majesty as sole defendant — Crown Liability and Proceedings Act, s. 23(1) providing proceedings against Crown may be taken in name of Attorney General — Optional whether Crown named as Attorney General of Canada or Her Majesty the Queen — Since alleged abuse of office struck, MFO struck from style of cause, statement of claim.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegation violation of Charter, s. 7 struck as disclosing no reasonable cause of action — Corporate plaintiff cannot claim rights under s. 7 — Complaint master of vessel treated differently than others based on nationality, within scope of s. 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Claim Coastal Fisheries

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — L'allégation de poursuite abusive est radiée puisque tous les éléments constitutifs du délit ne sont pas établis — Aucune preuve que la demanderesse ait été inculpée d'une infraction — Quant au capitaine, absence de motif raisonnable et probable — Les plaidoiries des demandeurs établissent que les personnes ayant agi au nom des défendeurs se sont fondées sur des motifs raisonnables et probables aux termes de la Loi et du Règlement — Leurs mesures étaient appuyées par la présomption de validité d'un texte législatif — La présomption s'applique sauf si elle est réfutée au procès — Les mots qui renvoient à la piraterie et à d'autres formes de conduite criminelle sont radiés parce qu'ils ont une importance juridique uniquement dans le contexte des activités criminelles.

Couronne — Pratique — Parties — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Action intentée contre le procureur général et le ministre des Pêches et Océans — Les ministres ne doivent pas être cités en qualité de défendeurs s'ils ne sont pas poursuivis à titre personnel — L'art. 48(1) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que, sauf autorisation différente, toute action contre la Couronne est intentée selon le modèle figurant à l'annexe — La formule 2(2) prévoit que Sa Majesté est la seule partie défenderesse — L'art. 23(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général — L'utilisation des mots Sa Majesté la Reine ou procureur général du Canada pour désigner l'État est facultative — L'allégation d'exercice abusif de fonctions ayant été radiée, le nom du ministre des Pêches et Océans est radié de l'intitulé de la cause et de la déclaration.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Allégation de violation de l'art. 7 de la Charte radiée pour absence de cause d'action raisonnable — La demanderesse ne peut invoquer les droits garantis par l'art. 7 — La plainte que le capitaine n'est pas traité comme d'autres en raison de sa nationalité relève de l'art. 15.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Protection Regulations, by applying only to Spanish, Portuguese vessels authorizing unreasonable search, seizure, struck as disclosing no reasonable cause of action — Provisions governing search, seizure, use of reasonable force to detain vessels at sea not specifying nationality — Contravention of s. 10(b) right to retain, instruct counsel allowed to stand, provided amendment pleading facts underlying claim filed.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Statement of claim alleging Coastal Fisheries Protection Regulations, by prescribing measures applicable only to vessels of Spain, Portugal violated plaintiffs' s. 15 rights — While Regulations apply only to vessels, would ignore substantive effect of Regulations to preclude opportunity for argument, at trial, persons sailing vessels, ordinarily nationals of state whose flag vessel sails, directly affected by application of Regulations — Corporate plaintiff not having cause of action under s. 15.

Construction of statutes — Coastal Fisheries Protection Regulations — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegation vessel not subject to amendments because engaged in fishing voyage in international waters prior to enactment thereof struck — According to Statutory Instruments Act, Interpretation Act, Regulations in force March 2, 1995 — *If intra vires*, Regulations apply to plaintiff.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Portions of statement of claim, reply to demand for particulars — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Claiming damages for trespass, assault, malicious prosecution, negligent navigation — General principles on motion to strike — Objections to allegations relating to international law, malicious prosecution, infringement of Charter, ss. 7, 8, 10, 15 rights — Motion allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

par les autorités canadiennes — L'allégation qu'en s'appliquant uniquement aux navires espagnols ou portugais, le Règlement sur la protection des pêcheries côtières vise à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies abusives, est radiée, parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable — Les dispositions régissant les fouilles, perquisitions et saisies, et l'usage de la force raisonnable pour la détention des navires en mer ne spécifient pas la nationalité — L'allégation de contravention au droit, garanti par l'art. 10b), à l'assistance d'un avocat, est maintenue, sous condition de modification de la déclaration de façon à invoquer les faits à l'appui.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — La déclaration allègue que le Règlement sur la protection des pêcheries côtières, en prévoyant des mesures visant uniquement les navires espagnols et portugais, viole les droits que l'art. 15 garantit aux demandeurs — Le Règlement ne s'applique certes qu'aux navires, mais le fait d'empêcher les demandeurs de soutenir à l'instruction que les personnes pilotant ces navires, habituellement des ressortissants de l'État dont ils battent pavillon, seraient directement touchées par l'application du Règlement, aurait pour effet d'ignorer une conséquence importante de ce Règlement — La demanderesse n'a pas une cause d'action fondée sur l'art. 15.

Interprétation des lois — Règlement sur la protection des pêcheries côtières — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Radiation de l'allégation que le navire n'était pas soumis à l'application du Règlement du fait qu'il avait entrepris son voyage de pêche dans les eaux internationales avant la promulgation de ce texte — Par application de la Loi sur les textes réglementaires et de la Loi d'interprétation, le Règlement était en vigueur le 2 mars 1995 — S'il est légal, le Règlement s'applique aux demandeurs.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Parties de la déclaration et de la réponse à la demande de précisions — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Réclamation de dommages-intérêts pour intrusion, voies de fait, poursuite abusive, navigation négligente — Principes généraux régissant les requêtes en radiation — Objections aux allégations en matière de droit international, de poursuite abusive, de violation des droits garantis par les art. 7, 8, 10, 15 de la Charte — Requête accueillie en partie.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Fisheries — Canada v. Spain “turbot war” — Canadian position Spanish vessels exceeding quota — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Pleadings raising issue of *vires* of Coastal Fisheries Protection Regulations — Motion to strike portions of statement of claim, reply to demand for particulars relating to international law, Charter rights — Motion allowed in part.

Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (C.A.) 3

Practice — Discovery — Production of documents — Appeal from dismissal by Motions Judge of appeal from Prothonotary’s denial of motion for production — Judgment declaring infringement of patent relating to additive for motor oils — Plaintiffs electing account of profits — Reference to determine amount of profits ordered — Motion seeking production of plaintiffs’ documents to support defendant’s contention entitled to apportion profits between those attributable to infringing dispersant and those attributable to other factors — Prothonotary, Motions Judge erred in holding terms of formal judgment excluding possibility of leading evidence at reference on issue of apportionment — Judgment not finding all profits from sales of motor oils arising from infringement — That was issue of fact to be decided on reference — But examination of documents requested indicating irrelevant to determination of defendant’s profits from infringement — Though test for relevance at discovery generous, fishing expeditions not allowed.

Equity — Judgment declaring infringement of patent relating to additive for motor oils — Plaintiffs electing account of profits — Reference to determine amount of profits ordered — Defendant seeking production of plaintiffs’ documents to support contention entitled to apportion profits on sales of infringing motor oils — Prothonotary, Motions Judge erred in holding terms of formal judgment excluding possibility of leading evidence at reference on issue of apportionment — Account of profits equitable remedy designed not to punish, but to have defendant surrender profits made at plaintiff’s expense — Apportion-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pêches — «Guerre du turbot» entre le Canada et l’Espagne — Le Canada reproche aux navires espagnols d’avoir dépassé leur quota — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d’un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Les plaidoiries font valoir l’illégalité du Règlement sur la protection des pêcheries côtières — Requête en radiation de certaines parties de la déclaration et de la réponse à la demande de précisions, en matière de droit international et des droits garantis par la Charte — Requête accueillie en partie.

Lubrizol Corp. c. Cie Pétrolière Impériale Ltée (C.A.) 3

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Appel du rejet par un juge des requêtes de l’appel d’une décision du protonotaire rejetant une requête en production — Jugement accueillant l’action en contrefaçon d’un brevet relatif à un additif pour huiles à moteur — Les demanderesse ont choisi l’établissement des comptes relatifs aux bénéfices — Une référence a été ordonnée pour déterminer le montant des bénéfices — Requête en vue d’obtenir la production de documents des demanderesse pour appuyer la prétention de la défenderesse voulant qu’elle ait le droit de répartir les bénéfices entre ceux qui sont attribuables au dispersant contrefait et ceux qui sont attribuables à d’autres facteurs — Le protonotaire et le juge des requêtes ont commis une erreur en statuant que le libellé du jugement officiel excluait la possibilité de produire des éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation — Le jugement ne concluait pas que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente des huiles à moteur étaient attribuables à la contrefaçon — Il s’agissait d’une question de fait devant être tranchée dans le cadre de la référence — Mais l’examen des documents demandés a révélé que ceux-ci n’étaient pas pertinents pour calculer le montant des bénéfices que la contrefaçon a permis à la défenderesse de réaliser — Bien que le critère de la pertinence à l’étape de la communication de la preuve soit généreux, il ne permet pas les recherches à l’aveuglette.

Equity — Jugement accueillant l’action en contrefaçon d’un brevet relatif à un additif pour huiles à moteur — Les demanderesse ont choisi l’établissement des comptes relatifs aux bénéfices — Une référence a été ordonnée pour déterminer le montant des bénéfices — La défenderesse a demandé la production de documents des demanderesse pour appuyer sa prétention voulant qu’elle ait le droit de répartir les bénéfices réalisés par suite de la vente d’huiles à moteur contrefaites — Le protonotaire et le juge des requêtes ont commis une erreur en statuant que le libellé du jugement officiel excluait la possibilité de produire des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ment question of fact bearing on relationship between profits earned, appropriation of plaintiff's invention, to be decided on reference — Judgment not finding all profits from sales of motor oils arising from infringement, but as documents sought irrelevant, motion dismissed.

Pawar v. Canada (T.D.) 154

Practice — Parties — Standing — Class actions — Action on behalf of all Canadian citizens, permanent residents, aged 65, but not residing in Canada for 10 years leading up to pensionability as required by Old Age Security Act — As directly affected by legislation, taking only reasonable, effective means of bringing issues to Court, plaintiff having standing — Plaintiff would fairly, adequately represent class — Having written authorization of 250 people — Unreasonable to expect proceeding to begin with exhaustive list of class — Unnecessary to obtain consent of other members of class before commencing action — Persons for whom class action taken must be identified but defendant's revealing all class members.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Portions of statement of claim to reduce representative proceeding to action with sole plaintiff — Action on behalf of all Canadian citizens, permanent residents, aged 65, but not residing in Canada for 10 years preceding pensionability as required by Old Age Security Act — Onus on party seeking to strike under R. 419 to show plain, obvious action cannot succeed — Elements of class proceeding — Not plain and obvious action cannot succeed — Class identifiable as individual's date of arrival in Canada, status, age, part of easily accessible records in defendant's possession — Common grievance, interest, defences — Class action may be only access to judicial system for many due to cost of litigation — Possible saving to public in avoiding similar actions — Quantum of damages simple bookkeeping exercise.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation — L'établissement des comptes relatifs aux bénéfices est un recours fondé sur l'*equity* qui n'a pas pour objet de punir, mais d'amener le défendeur à remettre les bénéfices réalisés aux dépens du demandeur — La ventilation est une question de fait qui a trait au rapport entre les bénéfices réalisés et l'appropriation de l'invention de la demanderesse et qui doit être tranchée dans le cadre de la référence — Le jugement ne conclut pas que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente des huiles à moteur étaient attribuables à la contrefaçon, mais comme les documents demandés n'étaient pas pertinents, la requête a été rejetée.

Pawar c. Canada (1^{re} inst.) 154

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Recours collectifs — Action introduite au nom de tous les citoyens et résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises par la Loi sur la sécurité de la vieillesse pour l'admissibilité à la pension — Le demandeur a qualité pour agir, car il est directement touché par la Loi en la matière et prend le seul moyen raisonnable et concret de soumettre le problème à la Cour — Il représenterait équitablement et convenablement la catégorie — Il a l'autorisation écrite de 250 personnes — Il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'il introduise l'action avec la liste exhaustive de la catégorie — Il n'est pas nécessaire de s'assurer le consentement des autres membres de la catégorie avant d'intenter l'action — Les personnes représentées dans le recours collectif doivent être identifiées, mais la défenderesse a le moyen de savoir qui elles sont.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Requête en radiation de certaines parties de la déclaration en vue de réduire le recours collectif en une action individuelle avec un seul demandeur — Action introduite au nom de tous les citoyens et résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises par la Loi sur la sécurité de la vieillesse pour l'admissibilité à la pension — Il incombe à la partie concluant à la radiation sous le régime de la Règle 419 de prouver qu'il est évident et manifeste que l'action ne pourra aboutir — Éléments du recours collectif — Il n'est pas évident et manifeste que l'action en l'espèce ne pourra aboutir — Catégorie identifiable puisque la date d'arrivée au Canada, le statut et l'âge de chaque individu sont des données facilement accessibles, en la possession de la défenderesse — Identité de sujet de plainte, d'intérêt et de moyens de défense — Le recours collectif peut être la seule voie d'accès à la justice pour un grand nombre de gens vu les frais de contentieux — L'économie tient à ce que le recours collectif peut éviter des actions semblables de la part d'autres — Le quantum des dommages-intérêts est simple affaire de comptabilité.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Schreiber v. Canada (Attorney General) (C.A.) ... 176

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search and seizure — Letter of request — Canadian standard for issuance of search warrant to be satisfied before submitting letter of request asking Swiss authorities to search for, seize Canadian citizen's banking records — Charter protection for Canadians same whether search undertaken here or abroad — Right to be secure against unreasonable search or seizure justifying requirement of prior authorization.

Criminal justice — Letter of request — Canadian standard for issuance of search warrant to be satisfied before submitting letter of request asking Swiss authorities to search for, seize Canadian citizen's banking records — As information may be used for criminal prosecution in Canada, plaintiff entitled to benefit of Charter, s. 8 right to be secure against unreasonable search, seizure — Prior authorization ensuring impartiality in balancing individual's reasonable expectation of privacy against government's interest in law enforcement.

International law — In context of criminal investigation of kickbacks allegedly received by respondent, high-level politicians, Minister of Justice sending letter of request to Swiss authorities asking search, seizure of banking records — Under Swiss law, Swiss authorities seizing records — Applicability of Charter, s. 8 — A.G. arguing Charter lacking extraterritorial effect — Letters of request recognized method of cooperation between states in absence of mutual assistance treaty — Governing principles silent as to internal standards of requesting state — Where letter of request sent to friendly state, reasonable expectation will be acted upon — Charter inapplicable to acts of foreign police — Here no extraterritorial Charter application as letter of request imposing no Canadian legal requirement on Swiss authorities thereby fettering their sovereign authority — Increasing recognition Charter may apply outside Canada in special circumstances.

SOMMAIRE (Fin)

Schreiber c. Canada (Procureur général) (C.A.) .. 176

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions et saisies — Lettre de demande — La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition doit être respectée avant que l'on puisse présenter aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires d'un citoyen canadien — La protection garantie par la Charte aux Canadiens est la même que la fouille, la perquisition ou la saisie soit effectuée au Canada ou à l'étranger — Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives justifie l'exigence de l'autorisation préalable.

Justice criminelle et pénale — Lettre de demande — La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition doit être respectée avant que l'on puisse présenter aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers d'un citoyen canadien — Étant donné que ces renseignements peuvent être utilisés dans une poursuite pénale au Canada, le demandeur peut invoquer l'art. 8 de la Charte qui lui assure le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — L'autorisation préalable assure l'impartialité dans la pondération entre l'attente raisonnable d'un particulier en matière de vie privée et le droit du gouvernement d'assurer l'application de la loi.

Droit international — Dans le contexte d'une enquête criminelle sur des pots-de-vin qu'auraient reçus l'intimé et des politiciens de haut niveau, le ministre de la Justice a envoyé une lettre de demande aux autorités suisses les priant de rechercher et de saisir des dossiers bancaires — Les autorités ont saisi les dossiers en vertu du droit suisse — Applicabilité de l'art. 8 de la Charte — Le procureur général fait valoir que la Charte n'a pas d'effet extraterritorial — Les lettres de demande sont une méthode reconnue de collaboration entre les États en l'absence de traité d'entraide juridique — Les principes applicables ne fournissent aucune norme interne devant être suivie par l'État requérant — Lorsque la lettre de demande est envoyée à un État non hostile, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'on y donne suite — La Charte n'est pas applicable aux mesures prises par une police étrangère — En l'espèce, il n'y a pas d'application extraterritoriale de la Charte parce que la lettre de demande n'impose pas de conditions légales canadiennes aux autorités suisses, ce qui entraverait leur souveraineté — Il est de plus en plus reconnu que la Charte peut s'appliquer à l'extérieur du Canada dans des circonstances spéciales.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada v. Poker, [1995] 1 F.C. 561 (T.D.), has been reversed on appeal (A-595-94). The reasons for judgment, handed down 22/5/97, will be published in the *Federal Court Reports*. (See: *Folster v. Canada*, A-595-94)

Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc., [1996] 2 F.C. 371 (T.D.), has been reversed on appeal (A-151-96). The reasons for judgment, handed down 20/6/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

Elguindi v. Canada, [1997] 2 F.C. 247 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-973-96), reasons for judgment handed down 19/6/97.

Indian Manufacturing Ltd. v. Lo, [1996] 2 F.C. 647 (T.D.), has been reversed on appeal (A-288-96), reasons for judgment handed down 24/6/97.

J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp., [1993] 2 F.C. 515 (T.D.), has been reversed in part on appeal (A-176-96). The reasons for judgment, handed down 23/4/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

Nemsila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1997] 1 F.C. 260 (T.D.); [1996] 3 F.C. D-4 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-782-96), reasons for judgment handed down 27/5/97.

Pour-Shariati v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 1 F.C. 767 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-721-94), reasons for judgment handed down 10/6/97.

Sawridge Band v. Canada, [1996] 1 F.C. 3 (T.D.), has been reversed on appeal (A-779-95, A-807-95). The reasons for judgment, handed down 3/6/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada c. Poker*, [1995] 1 C.F. 561 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-595-94). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22-5-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1996] 2 C.F. 371 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-151-96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 20-6-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Elguindi c. Canada*, [1997] 2 C.F. 247 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-973-96), les motifs du jugement ayant été prononcés le 19-6-97.

La décision *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo*, [1996] 2 C.F. 647 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-288-96), les motifs du jugement ayant été prononcés le 24-6-97.

La décision *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1993] 2 C.F. 515 (1^{re} inst.), a été infirmée en partie en appel (A-176-96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23-4-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Nemsila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 1 C.F. 260 (1^{re} inst.); [1996] 3 C.F. D-4 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-782-96), les motifs du jugement ayant été prononcés le 27-5-97.

La décision *Pour-Shariati c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 767 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-721-94), les motifs du jugement ayant été prononcés le 10-6-97.

La décision *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-779-95, A-807-95). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3-6-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

SUPREME COURT OF CANADA

Hickman Motors Ltd. v. Canada, [1996] 1 F.C. D-22 (C.A.), was reversed by a decision dated 26/6/97, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1995] 3 F.C. 199 (C.A.), was reversed by a decision dated 26/6/97, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd., [1995] 1 F.C. 3 (C.A.), was reversed in part by a decision dated 26/6/97, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Côté v. Addy, [1996] 2 F.C. 3 (C.A.), was affirmed by a decision rendered orally dated 27/6/97, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

COUR SUPREME DU CANADA

L'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1996] 1 C.F. F-30 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 26-6-97, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1995] 3 C.F. 199 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 26-6-97, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1995] 1 C.F. 3 (C.A.), a été infirmé en partie par une décision en date du 26-6-97, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Côté c. Addy*, [1996] 2 C.F. 3 (C.A.), a été confirmé par une décision rendue oralement en date du 27-6-97, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 2, Part 1

1997, Vol. 2, 1^{er} fascicule

A-624-96

A-624-96

**Imperial Oil Limited and its subdivision
Paramins (Appellant) (Defendant)**

**Compagnie Pétrolière Impériale Ltée et sa filiale
Paramins (appelante) (défenderesse)**

v.

c.

**The Lubrizol Corporation and Lubrizol Canada
Limited (Respondents) (Plaintiffs)**

**The Lubrizol Corporation et Lubrizol Canada
Limited (intimées) (demandereses)**

**INDEXED AS: LUBRIZOL CORP. v. IMPERIAL OIL LTD.
(C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: LUBRIZOL CORP. c. COMPAGNIE PÉTRO-
LIÈRE IMPÉRIALE LTÉE (C.A.)**

Court of Appeal, Hugessen, Stone and Décary JJ.A.
—Ottawa, November 19, 20 and 21, 1996.

Cour d'appel, juges Hugessen, Stone et Décary,
J.C.A.—Ottawa, 19, 20 et 21 novembre 1996.

Practice — Discovery — Production of documents — Appeal from dismissal by Motions Judge of appeal from Prothonotary's denial of motion for production — Judgment declaring infringement of patent relating to additive for motor oils — Plaintiffs electing account of profits — Reference to determine amount of profits ordered — Motion seeking production of plaintiffs' documents to support defendant's contention entitled to apportion profits between those attributable to infringing dispersant and those attributable to other factors — Prothonotary, Motions Judge erred in holding terms of formal judgment excluding possibility of leading evidence at reference on issue of apportionment — Judgment not finding all profits from sales of motor oils arising from infringement — That was issue of fact to be decided on reference — But examination of documents requested indicating irrelevant to determination of defendant's profits from infringement — Though test for relevance at discovery generous, fishing expeditions not allowed.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Appel du rejet par un juge des requêtes de l'appel d'une décision du protonotaire rejetant une requête en production — Jugement accueillant l'action en contrefaçon d'un brevet relatif à un additif pour huiles à moteur — Les demandereses ont choisi l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices — Une référence a été ordonnée pour déterminer le montant des bénéfices — Requête en vue d'obtenir la production de documents des demandereses pour appuyer la prétention de la défenderesse voulant qu'elle ait le droit de répartir les bénéfices entre ceux qui sont attribuables au dispersant contrefait et ceux qui sont attribuables à d'autres facteurs — Le protonotaire et le juge des requêtes ont commis une erreur en statuant que le libellé du jugement officiel excluait la possibilité de produire des éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation — Le jugement ne concluait pas que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente des huiles à moteur étaient attribuables à la contrefaçon — Il s'agissait d'une question de fait devant être tranchée dans le cadre de la référence — Mais l'examen des documents demandés a révélé que ceux-ci n'étaient pas pertinents pour calculer le montant des bénéfices que la contrefaçon a permis à la défenderesse de réaliser — Bien que le critère de la pertinence à l'étape de la communication de la preuve soit généreux, il ne permet pas les recherches à l'aveuglette.

Equity — Judgment declaring infringement of patent relating to additive for motor oils — Plaintiffs electing account of profits — Reference to determine amount of profits ordered — Defendant seeking production of plaintiffs' documents to support contention entitled to apportion profits on sales of infringing motor oils — Prothonotary, Motions Judge erred in holding terms of formal judgment excluding possibility of leading evidence at reference on issue of apportionment — Account of profits equitable remedy designed not to punish, but to have defendant surrender profits made at plaintiffs'

Equity — Jugement accueillant l'action en contrefaçon d'un brevet relatif à un additif pour huiles à moteur — Les demandereses ont choisi l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices — Une référence a été ordonnée pour déterminer le montant des bénéfices — La défenderesse a demandé la production de documents des demandereses pour appuyer sa prétention voulant qu'elle ait le droit de répartir les bénéfices réalisés par suite de la vente d'huiles à moteur contrefaites — Le protonotaire et le juge des requêtes ont commis une erreur en statuant que le libellé du jugement officiel excluait la possibilité de

expense — Apportionment question of fact bearing on relationship between profits earned, appropriation of plaintiff's invention, to be decided on reference — Judgment not finding all profits from sales of motor oils arising from infringement, but as documents sought irrelevant, motion dismissed.

This was an appeal from the dismissal by a Motions Judge of an appeal from a Prothonotary's decision denying a motion for production of certain documents. Cullen J. declared Lubrizol's patent relating to an additive for motor oils to have been infringed by Imperial's production and sale of motor oil containing such dispersants. Lubrizol had elected an account of profits, and a reference to determine the amount thereof was ordered. The motion which was the subject-matter of the present appeal was to oblige Lubrizol to produce certain documents said to be relevant to Imperial's contention that it was entitled to apportion its profits on its sales of infringing motor oils as between those attributable to the infringing dispersant and those attributable to other factors like goodwill or even other additives. Both the Prothonotary and the Motions Judge held that the terms of the formal judgment excluded any possibility of leading evidence at the reference on the issue of apportionment.

Held, the appeal should be dismissed.

Cullen J's judgment made it clear that it was the presence of the additive which caused Imperial's motor oils to infringe. Such oils could have achieved their market share for reasons other than the presence of Lubrizol's patented additives. A finding that Imperial's motor oils infringed the Lubrizol patent was not necessarily a finding that all the profits from the sales of such motor oils were profits arising from the infringement. As the issue of apportionment was never raised in the Trial Division, it would be strange that the formal judgment should have the effect now contended for. The very existence of the order for the reference, which deferred until after trial "questions as to the profits arising from any infringement", lead to the belief that the issue of apportionment remained open.

produire des éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation — L'établissement des comptes relatifs aux bénéfices est un recours fondé sur l'équité qui n'a pas pour objet de punir, mais d'amener le défendeur à remettre les bénéfices réalisés aux dépens du demandeur — La ventilation est une question de fait qui a trait au rapport entre les bénéfices réalisés et l'appropriation de l'invention de la demanderesse et qui doit être tranchée dans le cadre de la référence — Le jugement ne conclut pas que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente des huiles à moteur étaient attribuables à la contrefaçon, mais comme les documents demandés n'étaient pas pertinents, la requête a été rejetée.

Il s'agit d'un appel du rejet par un juge des requêtes de l'appel d'une décision du protonotaire rejetant une requête en production de certains documents. Le juge Cullen a déclaré que le brevet de Lubrizol, qui se rapporte à un additif dispersant pour huiles à moteur, a été contrefait en raison de la production et de la vente par l'Impériale d'huiles à moteur contenant de tels dispersants. Lubrizol a opté pour une reddition de compte visant les bénéfices, et une référence a été ordonnée pour déterminer le montant de ces bénéfices. La requête qui a fait l'objet du présent appel visait à contraindre Lubrizol à produire certains documents qui se rapporteraient à la prétention de l'Impériale voulant qu'elle ait le droit de répartir les bénéfices qu'elle a réalisés en raison de la vente des huiles à moteur contrefaites entre ceux qui sont attribuables au dispersant contrefait et ceux qui sont attribuables à d'autres facteurs comme la cote d'estime ou même d'autres additifs. Le protonotaire et le juge des requêtes ont tous deux statué que le libellé du jugement officiel excluait toute possibilité de produire des éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Dans son jugement, le juge Cullen précise bien que c'est la présence de l'additif qui a fait en sorte que les huiles à moteur de l'Impériale constituaient une contrefaçon. Ces huiles pourraient avoir accaparé leur part de marché pour d'autres raisons que la présence des additifs brevetés de Lubrizol. Conclure que les huiles à moteur de l'Impériale ont contrefait le brevet de Lubrizol ne revenait pas forcément à conclure que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente de ces huiles à moteur étaient des bénéfices que la contrefaçon a permis de réaliser. Comme la question de la ventilation n'a jamais été soulevée devant la Section de première instance, il serait curieux que le jugement officiel produise l'effet revendiqué en l'espèce. L'existence même de l'ordonnance relative à la référence, qui reportait à la fin de l'instruction l'examen des «questions relatives aux bénéfices réalisés par suite d'une contrefaçon», a amené à croire que la question de la ventilation restait irrésolue.

The remedy of an account of profits is an equitable one. Its purpose is not to punish the defendant, but to have him surrender the actual profits made at the plaintiff's expense. The decisions of the Prothonotary and of the Motions Judge cannot be supported on the reasons given by them. Questions relating to apportionment are questions of fact, and as such they should have been left to the referee and not settled as an incident of a preliminary motion.

While evidence as to apportionment may be admissible, the additional documents sought by Imperial from Lubrizol were not relevant. Had the Prothonotary examined, as he should have, the particular items requested he would have concluded that the motion should be dismissed. Bearing in mind that the purpose of the reference was to determine Imperial's profits arising from the infringement, *prima facie* it was highly unlikely that any of Lubrizol's documents would have any bearing on any of the questions in issue, even if apportionment was one of them. The test for relevance on discovery, although generous, does not allow for a pure fishing expedition of the type sought here.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 480.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dart Industries Inc v Decor Corporation Pty Ltd (1993), 67 ALJR 821 (Aust. H.C.).

DISTINGUISHED:

Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115; 16 C.P.R. (3d) 15; 12 F.T.R. 36 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (1990), 33 C.P.R. (3d) 1; 39 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (F.C.A.).

Le recours qui consiste en l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices est un recours fondé sur l'*equity*. Il n'a pas pour objet de punir le défendeur, mais simplement d'amener celui-ci à remettre les bénéfices véritables qu'il a réalisés aux dépens du demandeur. Les décisions rendues par le protonotaire et le juge des requêtes ne peuvent s'appuyer sur les motifs qu'ils ont prononcés. Les questions touchant la ventilation sont des questions de fait et, en tant que telles, auraient dû être laissées à l'arbitre au lieu d'être réglées comme un incident d'une requête préliminaire.

Même si des éléments de preuve relatifs à la ventilation peuvent être admissibles, les documents supplémentaires que l'Impériale demandait à Lubrizol de produire n'étaient pas pertinents. Si le protonotaire avait examiné, comme il aurait dû le faire, les documents en question, il aurait conclu que la requête devait être rejetée. Compte tenu du fait que l'objet de la référence était de calculer le montant des bénéfices que la contrefaçon a permis à l'Impériale de réaliser, il était fort peu probable à première vue que l'un quelconque des documents de Lubrizol ait un rapport avec les points litigieux, même si la ventilation était l'un d'eux. Bien que le critère de la pertinence à l'étape de la communication de la preuve soit généreux, il ne permet pas une pure recherche à l'aveuglette semblable à celle qui était demandée en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 480.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Dart Industries Inc v Decor Corporation Pty Ltd (1993), 67 ALJR 821 (H.C. Aust.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115; 16 C.P.R. (3d) 15; 12 F.T.R. 36 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée (1990), 33 C.P.R. (3d) 1; 39 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (C.A.F.).

REFERRED TO:

Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (F.C.A.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.); *Hennessy v. Wright* (1890), 24 Q.B.D. 445 (C.A.).

APPEAL from Motions Judge's order (*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 173 (F.C.T.D.)) dismissing an appeal from the Prothonotary's dismissal of a motion to force the plaintiffs to produce certain documents ((1996), 66 C.P.R. (3d) 215; 110 F.T.R. 66 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

COUNSEL:

W. Ian Binnie, Q.C. and *Marguerite F. Ethier* for appellant (defendant).
Donald J. Wright, Q.C. and *Peter E. J. Wells* for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Toronto, for appellant (defendant).
Ridout & Maybee, Toronto, for respondents (plaintiffs).

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

1 HUGESSEN J.A.: This is an appeal by the defendant (Imperial) from an order of the Motions Judge [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 173] dismissing an appeal from a decision of the Prothonotary [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 215] dismissing a motion to force the plaintiffs (Lubrizol) to produce certain documents.

2 The parties are in the late (one would like to say final but that might be unrealistically optimistic) stages of patent litigation. By a judgment dated 17 September 1990 [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.)] Cullen J.

DÉCISIONS CITÉES:

Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (C.A.F.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.); *Hennessy v. Wright* (1890), 24 Q.B.D. 445 (C.A.).

APPEL de l'ordonnance d'un juge des requêtes (*Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (1996), 69 C.P.R. (3d) 173 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant l'appel d'une décision du protonotaire rejetant une requête visant à contraindre les demandereses à produire certains documents ((1996), 66 C.P.R. (3d) 215; 110 F.T.R. 66 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

AVOCATS:

W. Ian Binnie, c.r., et *Marguerite F. Ethier* pour l'appelante (défenderesse).
Donald J. Wright, c.r., et *Peter E. J. Wells* pour les intimées (demandereses).

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'appelante (défenderesse).
Ridout & Maybee, Toronto, pour les intimées (demandereses).

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

1 LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La défenderesse (l'Impériale) interjette appel d'une ordonnance par laquelle le juge des requêtes [*Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (1996), 69 C.P.R. (3d) 173] a rejeté l'appel d'une décision du protonotaire [*Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (1996), 66 C.P.R. (3d) 215] rejetant une requête visant à contraindre les demandereses (Lubrizol) à produire certains documents.

2 Les parties sont arrivées à un stade avancé (ce serait bien de pouvoir parler de stade ultime, mais ce serait peut-être excessivement optimiste) d'une poursuite en matière de brevet. Dans un jugement en date du 17 septembre 1990 [*Lubrizol Corp. c. Com-*

allowed Lubrizol's action for patent infringement and declared Lubrizol's patent, sometimes called the Meinhardt patent, relating to a dispersant (or detergent) additive for motor oils, to have been infringed by Imperial's production and sale of various brands of its motor oil and additive packages containing such dispersants. Lubrizol was given an election as between damages and an account of profits and, pursuant to a pre-trial order made under Rule 480¹ a reference was ordered to determine the amount thereof. Lubrizol has elected an account of profits and the discovery stage of the reference is well engaged. The motion which is the subject-matter of the present appeal is to oblige Lubrizol to produce certain additional documents said to be relevant to Imperial's contention that it is entitled to apportion its profits on its sales of infringing motor oils as between those attributable to the infringing dispersant and those attributable to other factors like goodwill or even other additives like viscosity index improvers.

3 The Prothonotary dismissed the motion because in his view the terms of the formal judgment of Cullen J. excluded any possibility of apportionment. He said [at pages 216-217]:

The defendant contended before me that the profits should be apportioned. The defendant first argued that the remedy was an equitable remedy and that the referee at the reference would wish to divide the profits made in connection with the infringement, on the principle that all the plaintiff should get would be the difference between the profit the defendant would have made had a non-infringing product been used and the profit it actually made using the infringing product.

Such a procedure was suggested in *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), and a number of other cases. *Siddell* and *Vickers* involved a patented applicant for the turning of large ingots, and the infringement was by using the appliance, not as in the present case by sale. In *Siddell v. Vickers*, as opposed to the present case, there was no price directly attributable to the turning. The turning was

pagnie Pétrolière Impériale Ltée (1990), 33 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Cullen a accueilli l'action en contrefaçon de brevet intentée par Lubrizol et a statué que le brevet de Lubrizol, parfois appelé le brevet Meinhardt, qui se rapporte à un additif dispersant (ou détergent) pour huiles à moteur, a été contrefait en raison de la production et de la vente par l'Impériale de plusieurs marques d'huiles à moteur et d'additifs contenant de tels dispersants. Lubrizol pouvait faire un choix entre le paiement de dommages-intérêts et l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices et, conformément à une ordonnance rendue avant l'instruction en vertu de la Règle 480¹, une référence a été prescrite pour déterminer le montant des dommages-intérêts ou des bénéfices. Lubrizol a opté pour une reddition de compte visant les bénéfices, et l'étape de la référence qu'est la communication de la preuve suit son cours. La requête qui fait l'objet du présent appel vise à contraindre Lubrizol à produire certains documents supplémentaires qui se rapporteraient à la prétention de l'Impériale voulant qu'elle ait le droit de répartir les bénéfices qu'elle a réalisés en raison de la vente des huiles à moteur contrefaites entre ceux qui sont attribuables au dispersant contrefait et ceux qui sont attribuables à d'autres facteurs comme la cote d'estime ou même d'autres additifs comme les additifs améliorant l'indice de viscosité.

Le protonotaire a rejeté la requête parce que, à son avis, le libellé du jugement officiel du juge Cullen excluait la possibilité d'une ventilation. Il s'est exprimé en ces termes [aux pages 216 et 217]:

La défenderesse a fait valoir devant moi que les profits devaient être ventilés. Elle a tout d'abord soutenu que le redressement était fondé sur l'*equity* et que l'arbitre désigné aux fins de la référence voudrait diviser les profits issus de la contrefaçon en appliquant le principe selon lequel la partie demanderesse n'a droit qu'à la différence entre les profits que la défenderesse aurait réalisés si un produit non contrefait avait été utilisé et ceux qu'elle a réalisés dans les faits en utilisant le produit contrefait.

Le recours à une telle méthode a été proposé dans un certain nombre d'affaires, dont *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), laquelle portait sur un appareil breveté conçu pour le tournage de gros lingots. Dans cette affaire, la contrefaçon consistait à utiliser l'appareil, et non à le vendre comme en l'espèce. Contrairement à la présente affaire, aucun prix n'était directement imputable au tour-

3

just a part of the manufacturing process, which part was not subcontracted out and therefore not separately priced. The difference between the profit without infringing and the profit when infringing was the best measure of all of the profit derived from infringing.

Another type of case in which a similar comparison has been suggested is where there is a sale of infringing goods, but they are sold mixed with non-infringing goods and the sale price is for the mixture. In this case the invention is a complicated organic compound used as part of additive packages and in motor oil and other lubricating compounds. As described by me it might appear that an inquiry into the non-infringing substitute for the patented organic compound might be necessary in order to decide the profits. However, the judgment of trial finds the patent had been infringed by "the defendant's manufacture, use, offer for sale and sale of lubricating compositions containing carboxylic derivative compositions as claimed therein, including Esso Extra motor oil, Esso Protec Extra motor oil and by its promotion and sale of its concentrates . . .". The judgment continues in the same vein, but it is quite plain from the words quoted that the infringement involves the sale of motor oil or additive packages. Both of which I was advised are discretely priced. Therefore, no division or apportionment is needed to distinguish between the profits made on the various constituent parts of the motor oil or additive packages. [Emphasis added.]

nage. Cette opération n'était qu'une étape du processus de fabrication, elle n'était pas sous-traitée et elle ne faisait donc pas l'objet d'un prix distinct. La différence entre le profit réalisé sans contrefaçon et celui réalisé par suite de la contrefaçon constituait le meilleur moyen de calculer la totalité des profits découlant de la contrefaçon.

Une comparaison de ce genre a été proposée dans un autre type de cas, savoir les cas où les marchandises contrefaites vendues sont mêlées à des marchandises non contrefaites et où le prix de vente vise l'ensemble. Dans la présente affaire, l'invention est un composé organique complexe utilisé comme composant d'un additif, ainsi que dans les lubrifiants, y compris l'huile pour moteurs. D'après cette description, il pourrait sembler nécessaire d'examiner le substitut non contrefait du composé organique breveté afin de déterminer le montant des profits. Or, suivant le jugement rendu à l'issue de l'instruction, la contrefaçon du brevet correspond à [TRADUCTION] «la fabrication, l'utilisation, la mise en vente et la vente, par la défenderesse, de lubrifiants contenant des dérivés carboxyliques, selon les revendications du brevet, dont l'huile pour moteurs Esso Extra, l'huile pour moteurs Esso Protec, de même qu'à la promotion et à la vente de leurs concentrés. . .». Le reste du jugement est à l'avenant, mais il ressort de l'extrait précité que la contrefaçon découle de la vente d'huile pour moteurs ou d'additif. Selon les renseignements obtenus, le prix de ceux-ci est établi séparément. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à la ventilation ou à la répartition des profits pour déterminer lesquels correspondent aux différents composants de l'huile pour moteurs ou de l'additif. [Non souligné dans l'original.]

4 The Motions Judge approved the Prothonotary's reasoning, saying [at page 175]:

No thought of apportionment inheres in the judgment which Cullen, J. signed herein, on September 17, 1990.

5 The Motions Judge was also of the view that [at page 177]:

It was the pirated Lubrizol additive which, after all, and after a certain epoch, made the can of oil saleable in the first place.

and that [at page 178]:

. . . Imperial would have sold little or no motor oil without the Lubrizol additive . . .

6 It should be said, with respect, that these last two findings of the Motions Judge, which are clearly findings of fact, were not based on any evidence but

Le juge des requêtes a approuvé le raisonnement 4 du protonotaire en ces termes [à la page 175]:

Il n'est pas question de ventilation dans le jugement qu'il [le juge Cullen] a rendu le 17 septembre 1990.

Le juge des requêtes était également d'avis que [à 5 la page 177]:

C'est l'additif piraté de Lubrizol qui, après tout, et après une certaine époque, a d'abord contribué à la qualité marchande de la boîte.

et que [à la page 178]:

. . . Imperial n'aurait guère ou pas vendu d'huile moteur sans l'additif de Lubrizol . . .

Ce n'est faire nulle injure au juge des requêtes 6 que d'affirmer que les deux dernières conclusions précitées, qui sont visiblement des conclusions de

solely on his interpretation of and inference from the reasons for judgment at trial. To the extent that his judgment is based on them it cannot stand; findings of this sort should only be made by the referee after hearing evidence.

fait, ne s'appuient pas sur la preuve, mais uniquement sur l'interprétation qu'il a faite et les conclusions qu'il a tirées des motifs du jugement de première instance. Dans la mesure où la décision du juge des requêtes repose sur ces éléments, elle ne saurait demeurer valable; seul l'arbitre devrait tirer des conclusions semblables après avoir entendu la preuve.

7 It can be seen that it was and is Lubrizol's position, accepted by both the Prothonotary and the Motions Judge, that the terms of the formal judgment excluded any possibility of ever leading evidence at the reference on the issue of apportionment. Since the claims of the patent covering motor oils containing the dispersant are now definitively established as having been infringed by Imperial's sales of such motor oil, and since Lubrizol has now elected to claim, as the judgment allowed it to, "the profits of the defendant arising from such infringement", it is all the profits from such sales which may be recovered.

7 On peut voir que la thèse de Lubrizol, à laquelle le protonotaire et le juge des requêtes ont souscrit, a consisté et consiste encore à affirmer que le libellé du jugement officiel exclut toute possibilité de produire des éléments de preuve dans le cadre de la référence sur la question de la ventilation. Puisqu'il est maintenant définitivement établi que les revendications du brevet relatives aux huiles à moteur contenant le dispersant ont été contrefaites en raison de la vente par l'Impériale de ces huiles à moteur et puisque Lubrizol a maintenant décidé de réclamer, comme le jugement le lui permet, «les bénéfices que [la] contrefaçon a permis à la défenderesse de réaliser», ce sont tous les bénéfices réalisés par suite de ces ventes qui peuvent être recouverts.

8 A good overview of the nature, scope and principles governing the remedy of an account of profits may be found in the judgment of the High Court of Australia in *Dart Industries Inc v Decor Corporation Pty Ltd*:²

8 Le jugement rendu par la Haute Cour de l'Australie dans l'affaire *Dart Industries Inc v Decor Corporation Pty Ltd*² donne une bonne idée de la nature, de l'étendue et des principes qui régissent le recours consistant à faire rendre compte des bénéfices:

Damages and an account of profits are alternative remedies. An account of profits was a form of relief granted by equity whereas damages were originally a purely common law remedy. As Windeyer J pointed out in *Colbeam Palmer Ltd v Stock Affiliates Pty Ltd*, even now an account of profits retains its equitable characteristics in that a defendant is made to account for, and is then stripped of, profits which it has dishonestly made by the infringement and which it would be unconscionable for it to retain. An account of profits is confined to profits actually made, its purpose being not to punish the defendant but to prevent its unjust enrichment. The ordinary requirement of the principles of unjust enrichment that regard be paid to matters of substance rather than technical form is applicable.

[TRADUCTION] Le paiement de dommages-intérêts et l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices sont deux recours distincts. La reddition de compte visant les bénéfices était une forme de réparation accordée par l'*equity*, tandis que le paiement de dommages-intérêts était initialement un recours strictement de common law. Comme le juge Windeyer l'a souligné dans *Colbeam Palmer Ltd v Stock Affiliates Pty Ltd*, même de nos jours, une reddition de compte visant les bénéfices conserve ses caractéristiques équitables puisqu'un défendeur est forcé de rendre compte, et est ensuite dépouillé, des bénéfices qu'il a irrégulièrement réalisés par suite de la contrefaçon et qu'il ne saurait valablement conserver. Une reddition de compte se limite aux bénéfices effectivement réalisés, car elle n'a pas pour objet de punir le défendeur, mais d'empêcher qu'il ne s'enrichisse injustement. S'agissant des principes de l'enrichissement sans cause, la condition habituelle voulant qu'on tienne compte des questions de fond plutôt que des questions de pure forme est applicable.

9 Lubrizol's position as outlined above is extremely formalistic but even on a purely formal basis it seems to us to go too far. Just as in a reference on a claim for damages issues of fact relating to causality and remoteness may properly be explored, so may they be likewise on an accounting of profits. The issue of apportionment is at bottom a question of fact³ bearing on the relationship between the profits earned and the appropriation of the plaintiff's invention. It may be possible for Imperial to show that some part of the profits made on the infringing sales are not profits "arising from" the infringement in that they are not caused by but simply made on the occasion of such infringement. While such a showing may prove very difficult it should not be excluded *a priori*. That consideration alone is enough to determine the question of relevance at this stage, i.e. prior to the hearing of any evidence, in favour of Imperial.

10 But there is more. Form must not be allowed to triumph over substance. While motor oil containing the dispersant additive was properly claimed in the patent (it would seem likely that the dispersant is useless except as an additive to motor oil) and while that claim was properly found to have been infringed, the reality is that Lubrizol did not invent motor oil and that Imperial's motor oils contain other additives than the one here in issue. The terms of the judgment quoted by the Prothonotary in the above extract from his reasons make it plain that it is the presence of the additive (carboxylic derivative compositions) claimed in the Meinhardt patent which caused Imperial's motor oils to infringe. Thus, it is possible that such oils have achieved their market share and attendant profits for reasons other than the presence of Lubrizol's patented additive. A finding that Imperial's motor oils infringed the Lubrizol patent does not necessarily amount to a finding that all the profits from the sales of such motor oils are profits arising from the infringement. That is an issue of fact to be decided on the reference.

9 La thèse de Lubrizol qui est exposée plus haut est très formaliste, mais même d'un point de vue purement formel, il nous semble qu'elle dépasse la mesure. De même que des questions de fait touchant le lien de causalité et le caractère indirect du dommage peuvent à juste titre être examinées dans une référence sur le paiement de dommages-intérêts, de même elles peuvent l'être lorsqu'il s'agit de rendre compte des bénéfices. La question de la ventilation est fondamentalement une question de fait³ qui a trait au rapport entre les bénéfices réalisés et l'appropriation de l'invention du demandeur. Il se peut que l'Impériale puisse prouver que certains bénéfices qu'elle a réalisés par suite de la vente de produits contrefaits ne sont pas des bénéfices que la contrefaçon lui «a permis» de réaliser étant donné que ces bénéfices ne sont pas attribuables à la contrefaçon, mais ont simplement été réalisés à l'occasion de la contrefaçon. Bien qu'une telle preuve puisse se révéler très difficile, elle ne devrait pas être exclue *a priori*. Cette seule considération suffit pour statuer en faveur de l'Impériale sur la question de la pertinence à ce stade-ci, c'est-à-dire avant l'audition de la preuve.

10 Mais ce n'est pas tout. Il ne faut pas laisser la forme l'emporter sur le fond. Bien que l'huile à moteur contenant le dispersant ait été correctement revendiquée dans le brevet (il semblerait probable que le dispersant soit inutile sauf comme additif pour l'huile à moteur) et bien qu'il ait été statué à bon droit que cette revendication a été contrefaite, la réalité est que Lubrizol n'a pas inventé l'huile à moteur et que les huiles à moteur de l'Impériale renferment d'autres additifs que celui qui est litigieux en l'espèce. Selon le libellé du jugement cité par le protonotaire dans l'extrait susmentionné, il est clair que c'est la présence de l'additif (dérivés carboxyliques) revendiqué dans le brevet Meinhardt qui a fait en sorte que les huiles à moteur de l'Impériale constituent une contrefaçon. Il est donc possible que ces huiles se soient accaparé leur part de marché et aient entraîné les bénéfices correspondants pour d'autres raisons que la présence de l'additif breveté de Lubrizol. Conclure que les huiles à moteur de l'Impériale ont contrefait le brevet de Lubrizol ne revient pas forcément à conclure que tous les bénéfices réalisés par suite de la vente de ces huiles à

- 11 Cullen J. was clearly aware that the inventive step in the Lubrizol patent was related only to the additive. He said, at page 12:

What is the art to which the patent relates? Here, clearly, that art is the additive art, the art of development and formulation of additives for lubricating compositions.

- 12 Cullen J.'s judgment was largely confirmed in this Court [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1], where Mahoney J.A., for a unanimous bench said, at pages 5-7:

The invention is concerned with chemical processes and compositions; we are concerned only with some of the compositions. The monopoly claimed is not limited to a particular composition or a number of particular compositions but to a class of compositions. It is described as "an improvement in the known field of lubricant additive technology which has developed since the 1950's around high molecular weight carboxylic acid acylating agents and various acylated derivatives thereof." The particular additives are generally called dispersants or detergents. This technology is what has made possible increasingly extended periods between oil changes.

The parties have defined "acyl group" as a group represented by the formula (R-20-) and that, I am sure, is all we need to know for our purposes. An "acylating agent" is a reactant capable of introducing an acyl group into another compound. If one assumes that a fish hook cannot be directly attached to the line except by a leader, the acylating agent may be envisaged as the leader; the other compound, the line and the acyl group, the hook. The acylating agent serves only, but essentially, to connect the acyl group to the other compound; without it they could not be joined. The acylating agent is described as "succinic". The attachment of the leader and hook to the line is "succination". More than one leader and hook may attach to a single line resulting in "oversuccination". Some lines do not attach to leaders and, thus, have no hooks. These are not taken into account in calculating the "succination ratio" which is determined by the formula set out in the agreed glossary.

moteur sont des bénéfiques que la contrefaçon a permis de réaliser. Il s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée dans le cadre de la référence.

11 Le juge Cullen savait de toute évidence que l'étape inventive du brevet de Lubrizol se rapportait uniquement à l'additif. Il s'est exprimé en ces termes, à la page 12:

À quel art se rapporte le brevet? Il s'agit manifestement, dans le cas qui nous occupe, de l'art des additifs, de l'art de mettre au point et de formuler des additifs pour des compositions lubrifiantes.

12 Le jugement rendu par le juge Cullen a été en grande partie confirmé par la présente Cour [*Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1]. Voici ce qu'a déclaré le juge Mahoney, J.C.A., qui a prononcé les motifs unanimes de la Cour d'appel, aux pages 5 à 7:

L'invention porte sur des procédés et des compositions chimiques, dont seul un certain nombre sont en cause en l'espèce. Le monopole revendiqué ne se limite pas à une ou plusieurs compositions particulières mais à une catégorie de compositions. On le décrit comme [TRADUCTION] «une amélioration dans le domaine connu de la technologie des additifs de lubrifiants qui s'est développée dans les années 1950 autour des agents acylants d'acide de carboxyle à poids moléculaire élevé et de divers dérivés acylés.» Les additifs en question sont généralement appelés dispersants ou détergents. Cette technologie a permis de diminuer la fréquence des changements d'huile.

Selon la définition qu'en donnent les parties, un «groupe acyle» est un groupe représenté par la formule (R-20-) et c'est, à n'en pas douter, tout ce qu'il nous faut savoir aux fins de la présente espèce. Un «agent acylant» est un réactant capable d'introduire un groupe acyle dans un autre composé. Si l'on prend pour acquis qu'on ne peut attacher directement un hameçon à une ligne, sauf au moyen d'un avançon, l'agent acylant serait l'avançon, l'autre composé serait la ligne et le groupe acyle, l'hameçon. L'agent acylant sert uniquement, mais essentiellement, à relier le groupe acyle à l'autre composé; sans lui, cela serait impossible. L'agent acylant est dit «succinique». Le phénomène du rattachement de l'avançon et de l'hameçon à la ligne est appelé «succination». Si plus d'un avançon et d'un hameçon peuvent être attachés à la ligne, il y a «sursuccination». Certaines lignes ne se rattachent pas à des avançons et n'ont donc pas d'hameçons. On n'en tient pas compte dans le calcul du «rapport de succination» selon la formule indiquée dans le glossaire conjoint.

Dispersants hold accumulating impurities in motor oil in suspension. Early dispersants were metal based and, as they broke down, the metal residue or "ash" was deposited as a varnish on the pistons and sludge in the crankcases of gasoline engines. Dr. Wm. M. Le Suer of Lubrizol invented an ashless dispersant for which U.S. patent No. 3,172,892, hereafter "the Le Suer patent", issued March 9, 1965. The Le Suer patent and "any other letters patent . . . hereafter owned by Lubrizol . . . containing" material subject of the Le Suer patent was licensed to Exxon and Imperial. Findings of the trial judge as to the licence are in controversy.

The disclosure of the Meinhardt patent, in a relevant extract, describes the invention (Appeal Book, vol. 2, p. 5).

This invention is based on the discovery that a novel class of high molecular weight carboxylic acid acylating agents is capable of imparting unique and beneficial properties to lubricant additives prepared therefrom and lubricating compositions containing such additives while, at the same time, retaining the desirable properties of similar lubricant additives and lubricating compositions prepared from other high molecular weight carboxylic acid acylating agents of the prior art.

The monopoly claimed, to the extent that it is in issue, is found in claim 1 (Appeal Book, vol. 2, p. 105).

1. A lubricating composition comprising a major amount of oil of lubricating viscosity and a minor amount of one or more carboxylic derivative compositions produced by reacting at least one substituted succinic acylating agent with a reactant selected from a group consisting of (a) amine characterized by the presence of at least one H-N< group, (b) alcohol, (c) reactive metal or reactive metal compound, and (d) a combination of two or more of any of (a) through (c), the components of (d) being reacted with said one or more substituted succinic acylating agents simultaneously or sequentially in any order, wherein said substituted succinic acylating agents consist of substituent groups and succinic groups wherein the substituent groups are derived from polyalkene, *said polyalkene being characterized by a Mn value of 1300 to about 5000 and a Mw/Mn value of about 1.5 to about 4, said acylating agents being characterized by the presence within their structure of an average of at least 1.3 succinic groups for each equivalent weight of substituent groups.*

Les dispersants gardent en suspension les impuretés qui s'accumulent dans l'huile à moteur. Les premiers dispersants étaient à base de métal et, par suite de leur décomposition, les résidus métalliques ou «cendres» se déposaient tel un vernis sur les pistons et formaient des boues dans le carter des moteurs à essence. M. Wm. M. Le Suer, de Lubrizol, a inventé un dispersant sans cendres pour lequel le brevet américain n° 3,172,892, ci-après le «brevet LeSuer», a été délivré le 9 mars 1965. Le brevet Le Suer et [TRADUCTION] «tout autre titre de brevet . . . dont Lubrizol pourrait devenir détentrice par la suite . . . renfermant» des substances couvertes par le brevet LeSuer a été donné sous licence à Exxon et à Imperial. Les conclusions du juge de première instance quant à la licence sont contestées.

Voici comment est décrite l'invention dans un extrait pertinent du mémoire descriptif du brevet Meinhardt (dossier d'appel, vol. 2, p. 5):

[TRADUCTION] La présente invention se fonde sur la découverte d'une catégorie nouvelle d'agents acylants d'acide de carboxyle à poids moléculaire élevé, capables d'attribuer des propriétés uniques et avantageuses aux additifs de lubrifiants à base de ce produit et aux compositions lubrifiantes qui renferment ces additifs, tout en préservant les propriétés recherchées dans des additifs de lubrifiants semblables et des compositions lubrifiantes préparées à partir d'autres agents acylants d'acide de carboxyle à poids moléculaire élevé provenant de l'art antérieur.

Le monopole revendiqué, dans sa partie litigieuse, est ainsi décrit à la revendication 1 (dossier d'appel, vol. 2, p. 105):

[TRADUCTION] 1. Une composition lubrifiante comprenant comme élément majeur une huile à propriétés de viscosité lubrifiantes et comme élément mineur, une ou plusieurs compositions de dérivés carboxyliques produits par la réaction d'au moins un agent acylant de type dérivé succinique substitué avec un réactif choisi parmi un groupe constitué de a) une amine caractérisée par la présence d'au moins un groupe H-N<, b) un alcool, c) un métal réactif ou un composé de métal réactif et d) une combinaison de deux ou de plusieurs des composés de a) à c), les constituants de d) ayant réagi avec un ou plusieurs desdits agents acylants de type dérivés succiniques substitués, simultanément ou séquentiellement, peu importe l'ordre, où lesdits agents acylants de type dérivés succiniques substitués sont constitués de groupes substituants et de groupes succiniques, où les groupes substituants sont dérivés d'un polyalcène, *ledit polyalcène étant caractérisé par une valeur de Mn de 1300 à environ 5000 et un rapport Mp/Mn d'environ 1,5 à environ 4, et lesdits agents acylants étant caractérisés par la présence dans leur structure d'un nombre moyen*

The parameters of the monopoly, which I have emphasized, are the critical aspects of the patent in dispute in both the validity and infringement issues. [Emphasis added.]

d'au moins 1,3 groupe succinique pour chaque poids équivalent de groupes substituants.

Ce sont les paramètres du monopole, soulignés ci-haut, qui constituent les aspects cruciaux du brevet en litige, tant sur la question de la validité que sur celle de la contrefaçon. [Non souligné dans l'original.]

13 It is common ground that the issue of apportionment was never raised either before Cullen J. or on the appeal to this Court. That being so, it would be, to say the least, strange and paradoxical that the formal judgment should have the effect now contended for. The very existence of the Rule 480 order deferring until after trial "all questions as to the profits arising from any infringement" would naturally lead both Court and counsel to believe that the issue of apportionment remained open.

13 Il est reconnu par les parties que la question de la ventilation n'a jamais été soulevée ni devant le juge Cullen ni dans le cadre de l'appel devant la présente Cour. Puisqu'il en est ainsi, il serait—c'est le moins qu'on puisse dire—curieux et paradoxal que le jugement officiel produise l'effet revendiqué en l'espèce. L'existence même de l'ordonnance fondée sur la Règle 480, qui reporte à la fin de l'instruction l'examen de [TRADUCTION] «toutes les questions relatives aux bénéfices réalisés par suite d'une contrefaçon», devait naturellement amener la Cour et les avocats à croire que la question de la ventilation restait irrésolue.

14 Counsel for Lubrizol argues strongly, however, that the judgment of Cullen J. is now binding and beyond review and has settled the issue of apportionment for all time. He relies particularly on *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*⁴ and *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.*⁵ Those cases, however, are readily distinguishable since in each of them the question of apportionment had been addressed at trial so that the terms of the formal judgment could properly be viewed as being dispositive of the question. It may be noted as well that both decisions were given after the hearing of the reference and the taking of evidence.

14 L'avocat de Lubrizol soutient toutefois énergiquement que le jugement du juge Cullen est maintenant exécutoire et n'est plus susceptible de révision, et que la question de la ventilation a été tranchée une fois pour toutes. Il invoque en particulier les affaires *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*⁴ et *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.*⁵. Cependant, ces affaires sont nettement différentes de la présente espèce. En effet, puisque la question de la ventilation avait été tranchée à l'instruction dans ces deux causes, on pouvait à juste titre considérer que le libellé du jugement officiel était décisif. Il convient en outre de souligner que ces deux décisions ont été rendues après l'audition de la référence et la présentation de la preuve.

15 The remedy of an account of profits is an equitable one. Its purpose is not to punish the defendant but simply to have him surrender the actual profits he has made at the plaintiff's expense. But if some part of Imperial's profit on the infringing sales can be shown to have been due not to the appropriation of the Lubrizol invention but to some other factor where is the equity? We were told that Lubrizol contends that Imperial's motor oil infringes another

15 Le recours qui consiste en l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices est un recours fondé sur l'*equity*. Il n'a pas pour objet de punir le défendeur, mais simplement d'amener celui-ci à remettre les bénéfices véritables qu'il a réalisés aux dépens du demandeur. Mais où est l'équité s'il est possible de démontrer qu'une partie des bénéfices réalisés par l'Impériale en raison de la vente de produits contrefaits est attribuable non pas à l'appropriation de

of its patents and has sued in respect thereof. May the same profits be claimed a second time? And if not by Lubrizol what of some third party patentee who likewise claims infringement? And even if no other patents were involved, to allow Lubrizol to take profits which Imperial succeeds in showing were solely attributable to some non-infringing feature of its motor oil would be to judicially sanction Lubrizol's unjust enrichment at Imperial's expense.

l'invention de Lubrizol, mais à un autre facteur? La Cour a appris que Lubrizol prétend que l'huile à moteur de l'Impériale contrefait un autre brevet dont elle est titulaire et qu'une action a été intentée à cet égard. Les mêmes bénéfices peuvent-ils être réclamés une deuxième fois? Et si ce n'est pas par Lubrizol, alors par un tiers breveté qui allègue également une contrefaçon? Et même si aucun autre brevet n'était en cause, permettre à Lubrizol de toucher des bénéfices qui, selon la preuve que l'Impériale parvient à faire, sont entièrement attribuables à une caractéristique non contrefaite de son huile à moteur reviendrait à approuver judiciairement l'enrichissement injuste de Lubrizol aux dépens de l'Impériale.

16 While it is clear that the judgment at trial is now *res judicata* and that the Court on a reference has no jurisdiction to alter it, that is no warrant for interpreting that judgment in a way that was never in the contemplation of the Court that gave it and is contrary to reason and common sense.

Bien qu'il soit incontestable que le jugement de première instance a force de chose jugée et que la Cour n'a pas compétence pour le modifier dans le cadre d'une référence, cela ne l'autorise nullement à lui donner une interprétation que n'a jamais envisagée la Cour qui l'a rendu et qui est contraire à la raison et au bon sens. 16

17 In our view, the decisions of the Prothonotary and of the Motions Judge cannot be supported on the reasons given by them. Questions relating to apportionment are questions of fact; as such they should have been left to the referee and not settled as an incident of a preliminary motion.

À notre avis, les décisions rendues par le protonotaire et le juge des requêtes ne peuvent s'appuyer sur les motifs qu'ils ont prononcés. Les questions touchant la ventilation sont des questions de fait et, en tant que telles, auraient dû être laissées à l'arbitre au lieu d'être réglées comme un incident d'une requête préliminaire. 17

18 That is not the end of the matter, however. While evidence as to apportionment may be admissible, and we have so indicated, that does not mean that the particular evidence, in this case the additional documents sought by Imperial from Lubrizol, should be found to be relevant. In fact we are quite satisfied that they are not. If the Prothonotary had examined, as he should have, the particular items requested he would quickly have concluded that the motion should be dismissed. That also seems to have been the view of the Motions Judge although he dealt with the matter in only one brief sentence.

Mais il y a plus encore. Même si des éléments de preuve relatifs à la ventilation peuvent être admissibles, et c'est ce que nous avons déclaré, cela ne veut pas dire que les éléments de preuve litigieux en l'espèce, à savoir les documents supplémentaires que l'Impériale demande à Lubrizol de produire, devraient être considérés comme pertinents. En fait, nous sommes entièrement convaincus qu'ils sont dénués de pertinence. Si le protonotaire avait examiné, comme il aurait dû le faire, les documents en question, il aurait rapidement conclu que la requête devait être rejetée. Le juge des requêtes semble avoir été du même avis, mais il a traité de cette question dans une courte phrase seulement. 18

19 It must be borne in mind that the purpose of the reference is to determine Imperial's profits arising

Il ne faut pas oublier que l'objet de la référence est de calculer le montant des bénéfices que la con- 19

from the infringement. *Prima facie* therefore, it is highly unlikely that any of Lubrizol's documents will have any bearing on any of the questions in issue, even if apportionment is one of them. Imperial's list of possible non-infringing alternative sources of the necessary dispersant does not include any Lubrizol products. The best that Imperial's counsel could suggest was that some of the documents sought might provide some evidence that Lubrizol may have adopted a view of industry practice during the infringement period which would in some way be different from the position it may take on the reference. This surely is supposition piled on hypothesis founded on faint hope. It is tenuous in the extreme; if industry practice is in issue there are far better ways of proving it than Lubrizol's internal documents. Accepting that the test for relevance on discovery is a very generous one,⁶ it does not allow for a pure fishing expedition of the type sought here.⁷ Imperial's motion was properly dismissed.

trefaçon a permis à l'Impériale de réaliser. À première vue, donc, il est fort peu probable que l'un quelconque des documents de Lubrizol ait un rapport avec les points litigieux, même si la ventilation est l'un d'eux. La liste d'autres sources possibles, du dispersant requis n'entraînant pas de contrefaçon, que l'Impériale a établie ne comprend aucun produit de Lubrizol. L'avocat de l'Impériale n'a rien trouvé de mieux que de dire que certains de ces documents pourraient aider à prouver que Lubrizol avait peut-être une opinion sur la pratique de l'industrie pendant la période visée par la contrefaçon qui différerait d'une manière ou d'une autre du point de vue qu'elle peut adopter dans le cadre de la référence. C'est assurément une supposition qui s'appuie sur une hypothèse fondée sur un faible espoir. C'est tout ce qu'il y a de plus mince; si la pratique de l'industrie est en cause, il existe des moyens beaucoup plus efficaces de le prouver que des documents internes de Lubrizol. Bien que le critère de la pertinence à l'étape de la communication de la preuve soit très généreux⁶, il ne permet pas une pure recherche à l'aveuglette semblable à celle qui est demandée en l'espèce⁷. La requête de l'Impériale a été rejetée à bon droit.

20 In the result, therefore, the appeal must fail but since the appellant has succeeded and the respondent has failed on the issue which occupied almost all of counsel's time at the hearing, the respondent should recover no costs either here or in the Trial Division.

En définitive, donc, l'appel doit être rejeté, mais 20 puisque l'appelante a gain de cause et que l'intimée est déboutée sur la question à laquelle les avocats ont consacré le plus clair de leur temps à l'audience, l'intimée ne devrait avoir droit à aucuns dépens devant la présente Cour ni devant la Section de première instance.

¹ *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as amended.

Rule 480. (1) Any party desiring to proceed to trial without adducing evidence upon any issue of fact including, without limiting the generality thereof,

- (a) any question as to the extent of the infringement of any right,
- (b) any question as to the damages flowing from any infringement of any right, and
- (c) any question as to the profits arising from any infringement of any right,

shall, at least 10 days before the day fixed for the commencement of trial, apply for an order that such issue of fact be, after trial, the subject of a reference under Rules

¹ *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, modifiées.

Règle 480. (1) Une partie qui désire procéder à l'instruction sans présenter de preuve sur une question de fait et notamment, sans restreindre le sens général de cette expression, sur

- a) un point relatif à la mesure dans laquelle il a été porté atteinte à un droit,
- b) un point relatif aux dommages qui découlent d'une atteinte à un droit, et
- c) un point relatif aux profits tirés d'une atteinte à un droit,

doit, 10 jours au moins avant le jour fixé pour le début de l'instruction, demander une ordonnance portant que cette question de fait fera, après l'instruction, l'objet d'une

500 et seq. if it then appears that such issue required to be decided.

² (1993), 67 ALJR 821 (Aust. H.C.), at p. 822, *per* Mason C.J.

³ See *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.), at pp. 278-280.

⁴ [1995] 1 F.C. 483 (C.A.).

⁵ (1987), 15 C.I.P.R. 115 (F.C.T.D.).

⁶ See *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856 (C.A.).

⁷ See *Hennessy v. Wright* (1890), 24 Q.B.D. 445 (C.A.).

référence en vertu des Règles 500 et suivantes s'il paraît à ce moment-là qu'il faut statuer sur cette question.

² (1993), 67 ALJR 821 (H.C. Aust.), à la p. 822, le juge en chef Mason.

³ Voir *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.), aux p. 278 à 280.

⁴ [1995] 1 C.F. 483 (C.A.).

⁵ (1987), 15 C.I.P.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.).

⁶ Voir *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856 (C.A.).

⁷ Voir *Hennessy v. Wright* (1890), 24 Q.B.D. 445 (C.A.).

T-111-96

T-111-96

Claudette F. Guibord (*Applicant*)**Claudette F. Guibord** (*requérante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by Treasury Board (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor** (*intimée*)**INDEXED AS: GUIBORD v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: GUIBORD c. CANADA (1^{re} INST.)**

Trial Division, Noël J.—Ottawa, November 18 and 22, 1996.

Section de première instance, juge Noël—Ottawa, 18 et 22 novembre 1996.

Human rights — Judicial review of PSSRB decision refusal to allow applicant to return to job part-time not breach of duty to accommodate — Applicant becoming ill after exposure to chemical fumes in workplace — Request to return to job part-time refused on basis of operational requirements, financial constraints — Applicant refusing offer of training, employment at same pay rate at another location — Adjudicator finding offer of alternate employment constituting reasonable accommodation, grievor not providing reasonable explanation for refusal — Application dismissed — Employer having duty to accommodate disabled employees to point of undue hardship — Employee having duty to accept reasonable compromise — Employer's concerns for not accepting applicant part-time within factors relevant to determination of what constitutes undue hardship — No evidence applicant conveying concerns of medical nature relating to alternative work location — That wanted own job back only reason provided — Open to Adjudicator to hold applicant breached duty to express concerns re: detrimental effects to health of new location, thus preventing identification, development of suitable accommodation.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la CRTFP selon laquelle le refus d'autoriser la requérante à reprendre son emploi à temps partiel ne contrevient pas à l'obligation d'accommodement — La requérante est tombée malade après avoir été exposée à des vapeurs de produits chimiques à son lieu de travail — Sa demande de retour au travail à temps partiel a été refusée à cause des besoins opérationnels et des compressions budgétaires — La requérante a refusé l'offre de recyclage dans un autre poste au même taux de traitement dans un autre endroit — L'arbitre a jugé que l'offre d'un autre emploi constituait une mesure d'accommodement raisonnable, et que la plaignante n'avait pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son refus — La demande est rejetée — L'employeur a l'obligation de proposer des accommodements à ses employés invalides dans la mesure où cela ne comporte pas de contrainte excessive — L'employé a l'obligation d'accepter un compromis raisonnable — Les préoccupations formulées par l'employeur pour ne pas accepter le travail à temps partiel de la requérante figurent parmi les facteurs pertinents pour déterminer ce qu'il faut entendre par contrainte excessive — Aucun élément de preuve n'indique que la requérante a communiqué ses préoccupations de nature médicale concernant l'autre lieu de travail proposé — La seule raison donnée était qu'elle n'accepterait rien d'autre que son poste — L'arbitre était en droit de décider que la requérante avait manqué à son obligation d'exprimer ses préoccupations concernant l'effet préjudiciable pour sa santé qu'entraînerait l'exposition à son nouveau lieu de travail, ce qui a en fait empêché son employeur de trouver et de lui proposer une mesure d'accommodement acceptable.

Public Service — Labour relations — Grievance — Library worker exposed to fumes from chemical carpet cleaner at workplace — Developing environmental sensitivity — Off sick and underwent bronchoscopy — Doctor recommending return to work on part-time basis — Reported for work but sent home by supervisor — Request denied due to operational requirements, problems caused by financial constraints, downsizing — Offered job at another location at same pay — Grievor declining without

Fonction publique — Relations du travail — Grief — La bibliothécaire a été exposée à des vapeurs provenant d'un détergent à tapis chimique au lieu de travail — Elle a développé une intolérance au milieu — Elle a pris un congé de maladie et a subi une bronchoscopie — Le médecin a recommandé son retour au travail à temps partiel — Elle s'est présentée au travail, mais son superviseur l'a renvoyée chez elle — Sa demande a été refusée en raison des besoins opérationnels, et des problèmes

giving valid reason — Adjudicator did not err in determining employer's duty to accommodate met.

This was an application for judicial review of the Public Service Staff Relations Board's decision that the respondent did not fail in its duty to accommodate the applicant in refusing to allow her to return to her job as a government documents cataloguer on a part-time basis. As a result of exposure to fumes from the application of a chemical carpet cleanser in her work area in July 1990, the applicant became severely ill and had to undergo a bronchoscopy. She had apparently developed an environmental sensitivity. In August, 1991 the applicant inquired about returning to work on a part-time basis, and submitted a physician's certificate which indicated that she could return to work half days until December 1, at which time her condition would be reevaluated. Her doctor believed that that would allow her body to gradually adapt through exposure to toxins in the air. When the applicant reported for work she was sent home by her supervisor. Subsequently the employer refused the applicant's request to return to work on a part-time basis, citing operational requirements and financial constraints. The applicant grieved the refusal. The employer did offer to provide the applicant with training in another position at the same classification level and rate of pay within the Department at another location. The applicant refused this offer and made it clear that she wanted her own job back. The grievance was dismissed after the Adjudicator concluded that the employer's offer of alternate employment at another location constituted a reasonable accommodation, and the grievor provided no reasonable explanation for her refusal to consider it.

The issue was whether the employer had failed in its duty to accommodate the applicant.

Held, the application should be dismissed.

Employers have a duty to accommodate disabled employees to the point of undue hardship. The factors to be considered in evaluating whether an employer's efforts to accommodate meet that standard include financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of an employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue, both the magnitude of the risk and the identity of

causés par les compressions budgétaires et la réduction des effectifs — On lui a offert un poste dans un autre lieu de travail au même traitement — La plaignante a refusé sans fournir de raisons valides — L'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a statué que l'employeur avait respecté son obligation d'accommodement.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans laquelle il a été statué que l'intimée n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement envers la requérante en refusant de l'autoriser à reprendre son emploi de catalogueuse des documents de l'État à temps partiel. Après avoir été exposée à des vapeurs résultant de l'application d'un détergent à tapis chimique dans son aire de travail en juillet 1990, la requérante est tombée gravement malade et a dû subir une bronchoscopie. Elle avait apparemment développé une intolérance au milieu. En août 1991, la requérante a demandé à reprendre son travail à temps partiel, et a remis un certificat médical indiquant qu'elle ne pouvait reprendre le travail qu'à mi-temps jusqu'au 1^{er} décembre, date à laquelle son état devrait être réévalué. Son médecin croyait que cela permettrait à son corps de s'adapter progressivement par l'exposition aux toxines dans l'air. Quand la requérante s'est présentée au travail, son superviseur lui a dit de retourner chez elle. Par la suite, son employeur a refusé sa demande de reprendre le travail à temps partiel, en donnant comme motifs les besoins opérationnels et les contraintes budgétaires. La requérante a contesté ce refus par voie de grief. L'employeur lui a offert de se recycler dans un autre poste au même niveau avec le même traitement, dans le même ministère, mais dans un autre lieu de travail. La requérante a refusé en indiquant clairement qu'elle n'accepterait rien d'autre que son poste. Le grief a été rejeté après que l'arbitre eut conclu que l'offre de l'employeur portant sur un autre poste dans un autre emplacement constituait une mesure d'accommodement raisonnable et que la plaignante n'avait avancé aucune explication raisonnable de son refus d'examiner cette offre.

La question est de savoir si l'employeur a manqué à son obligation d'accommodement envers la requérante.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Les employeurs ont l'obligation de fournir des mesures d'accommodement aux employés invalides dans la mesure où cela ne comporte pas de contrainte excessive. Les facteurs à prendre en compte dans l'évaluation des efforts déployés par un employeur pour fournir des adaptations comprennent le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circons-

those who bear it are relevant considerations. The employer bears the burden of proving that legitimate efforts have been made to accommodate an employee to the point of undue hardship. It is up to the employer to search for suitable methods of accommodation and to propose these methods to the employee. The employee has a corresponding duty to accept a reasonable compromise. But the employee's obligations are limited to informing the employer of the situation warranting attention, facilitating the accommodation process, and ultimately accepting what is viewed as reasonable accommodation.

The concerns raised by the employer for not accepting the applicant's proposal to work part-time fell within the factors relevant to the determination of what constitutes undue hardship. There was no evidence that the applicant conveyed to the employer any concerns of a medical nature in so far as the alternative work location proposed by the employer was concerned. The only reason given was that the applicant wanted her own job back. The Adjudicator did not ignore the evidence in concluding that the applicant had not provided a reasonable explanation for her refusal. If the applicant had reason to believe that exposing her to this new work location would not only be of no assistance, but would actually be detrimental to her condition, she had a duty to let that be known. It was open to the Adjudicator to hold that the applicant had failed in that duty thereby preventing the identification and development of a suitable accommodation.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

AUTHORS CITED

Ginsburg, Marilyn and Catherine Bickley. "Accommodating the Disabled: Emerging Issues under

tances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. C'est à l'employeur qu'il incombe de démontrer que des efforts légitimes ont été faits pour accommoder l'employé dans la mesure où cela ne comporte pas une contrainte excessive. C'est à l'employeur qu'il incombe de rechercher des mesures d'accommodement convenables et de les proposer à l'employé. L'employé a une obligation correspondante d'accepter un compromis raisonnable. Mais les obligations de l'employé se limitent à informer l'employeur de la situation qui mérite un examen attentif, à faciliter la mise en œuvre du compromis, et finalement à accepter ce qui est vu comme une mesure d'accommodement raisonnable.

Les préoccupations formulées par l'employeur pour ne pas accepter la proposition de la requérante de travailler à temps partiel se retrouvent parmi les facteurs pertinents pour déterminer ce qu'il faut entendre par contrainte excessive. Aucun élément de preuve n'indique que la requérante a communiqué à l'employeur ses préoccupations de nature médicale pour ce qui concerne le lieu de travail que son employeur lui avait proposé en remplacement. La seule raison donnée était que la requérante n'accepterait rien d'autre que son poste. L'arbitre n'a pas ignoré la preuve en concluant que la requérante n'avait pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son refus. Si la requérante avait des raisons de croire que l'exposition à son nouveau milieu de travail ne lui serait non seulement d'aucune utilité, mais qu'en fait cela serait préjudiciable à son état de santé, elle avait l'obligation de le faire savoir à son employeur. L'arbitre était en droit de conclure que la requérante avait manqué à son obligation, empêchant ainsi l'employeur de trouver et de lui proposer une mesure d'accommodement acceptable.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

DOCTRINE

Ginsburg, Marilyn and Catherine Bickley. «Accommodating the Disabled: Emerging Issues under

Human Rights Legislation" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 72.

Lepofsky, David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

APPLICATION for judicial review of the Public Service Staff Relations Board's decision that the respondent had not failed in its duty to accommodate the applicant in refusing to allow her to return to her job on a part-time basis while offering employment at another location at same rate of pay (*Guibord and Treasury Board (Transport Canada)*, [1995] C.P.S.S.R.B. No. 114 (QL)). Application dismissed.

COUNSEL:

Andrew J. Raven and David Yazbeck for applicant.

Roger R. Lafrenière for respondent.

SOLICITORS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

- 1 NOËL J.: This is an application for judicial review of the decision of the Public Service Staff Relations Board rendered December 8, 1995 [*Guibord and Treasury Board (Transport Canada)*, [1995] C.P.S.S.R.B. No. 114 (QL)] holding that the respondent did not fail in its duty to accommodate the applicant in refusing to allow her to return to her job on a part-time basis.

I. THE FACTS¹

A) The Applicant's Illness

- 2 The applicant was employed by Transport Canada (the Department or the employer) as a government

Human Rights Legislation» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 72.

Lepofsky, David. «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans laquelle il a été statué que l'intimée n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement envers la requérante en refusant de l'autoriser à reprendre son emploi à temps partiel et en lui offrant un poste dans un autre lieu au même taux de traitement (*Guibord et Conseil du Trésor (Transports Canada)*, [1995] C.R.T.F.P.C. n° 114 (QL)). Demande rejetée.

AVOCATS:

Andrew J. Raven et David Yazbeck, pour la requérante.

Roger R. Lafrenière, pour l'intimée.

PROCUREURS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour la requérante.

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

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

- 1 LE JUGE NOËL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rendue le 8 décembre 1995 [*Guibord et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, [1995] C.R.T.F.P.C. n° 114 (QL)], dans lequel il a été statué que l'intimée n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement envers la requérante en refusant de l'autoriser à reprendre son emploi à temps partiel.

I. LES FAITS¹

A) La maladie de la requérante

- 2 La requérante travaillait à Transports Canada (le Ministère ou l'employeur), comme catalogueuse des

documents cataloguer. Her duties required her to work in the library area of Tower C, Place de Ville, in Ottawa.

3 As a result of exposure to fumes resulting from the application of a chemical carpet cleanser in her work area in July of 1990, the applicant became severely ill. Shortly after this initial exposure, the applicant could no longer stay on the job. Her immediate reactions included a burning nose, stinging eyes and lungs, and difficulty breathing. When the applicant reported for work the next day, she noted that her working area was deserted. That morning she had a spinning head and trouble breathing and felt so unwell that she was required to visit the nurse. The applicant continued to work throughout the day and, in the evening, witnessed an actual carpet cleaning spill on the floor.

4 Although the applicant attempted to continue to work, she found herself making errors and failing to properly input her computer. She also experienced smarting and stinging eyes, congested lungs, and earaches. On August 22, 1990 she suffered a heavy nosebleed which was cauterized the next day. On the evening of August 23, 1990 the applicant was unable to sleep and was constantly coughing up yellow mucous. From August 29 to September 21, 1990 she suffered from episodes of bleeding, coughing, vomiting, diarrhea and respiratory problems. Throughout the balance of the Fall of 1990, the applicant received medical treatment both in Toronto and Ottawa.

5 In April of 1991, the applicant began to consult a specialist, Dr. J. Molot. Dr. Molot testified before the Adjudicator as an expert witness in the area of environmental sensitivity. His qualifications as an expert witness were not challenged. The Adjudicator summarized Dr. Molot's testimony as follows:

Dr. Molot saw Ms. Guibord in Ottawa on April 4, 1991. She had a whole variety of symptoms, including a respiratory disorder since her exposure to the chemical carpet

documents de l'État, à la bibliothèque de Place de Ville, Tour C, à Ottawa.

3 Après avoir été exposée à des vapeurs résultant de l'application d'un détergent à tapis chimique dans son aire de travail en juillet 1990, la requérante est tombée gravement malade. Peu après cette première exposition, elle a dû quitter son poste de travail. Elle a immédiatement ressenti des sensations de brûlure au nez, aux yeux et aux poumons et elle avait de la difficulté à respirer. Quand la requérante est revenue au travail le lendemain, elle a noté que son aire de travail était déserte. Ce matin-là, elle avait des étourdissements, de la difficulté à respirer et elle se sentait si mal qu'elle a dû consulter l'infirmière. La requérante a travaillé toute la journée et, dans la soirée, elle a vu une tache de détergent à tapis sur le plancher.

4 La requérante a essayé de continuer à travailler, mais elle a constaté qu'elle faisait des erreurs et qu'elle n'arrivait pas à inscrire correctement ses données à l'ordinateur. Elle a également ressenti des douleurs cuisantes aux yeux et des maux d'oreille et elle sentait que ses poumons étaient congestionnés. Le 22 août 1990, elle a eu des saignements de nez abondants qui ont été cautérisés le lendemain. Dans la nuit du 23 août 1990, la requérante n'arrivait pas à dormir à cause d'une toux constante accompagnée de mucus jaune. Du 29 août au 21 septembre 1990, elle a souffert à plusieurs reprises de saignements, de toux, de vomissements, de diarrhée et de troubles respiratoires. Jusqu'à la fin de l'automne 1990, la requérante a reçu des soins médicaux à Toronto et à Ottawa.

5 En avril 1991, elle est allée consulter un spécialiste, le D^r J. Molot. Le D^r Molot a témoigné devant l'arbitre à titre de témoin expert dans le domaine de l'intolérance au milieu. Ses qualités en tant que témoin expert n'ont pas été contestées. L'arbitre a résumé le témoignage de D^r Molot dans les termes suivants:

Le D^r Molot a vu M^{me} Guibord à Ottawa le 4 avril 1991. Elle avait toute une gamme de symptômes, y compris des troubles respiratoires, depuis son exposition

cleanser in July, 1990. She was suffering from a cough, sore throat, nasal congestion and earaches. She has also experienced nosebleeds, diarrhea, vomiting and fever. He did a careful history and a physical examination which included the taking of blood samples which were sent to a laboratory in California for testing. The blood tests indicated an environmental sensitivity. Changes, including a failure in auto-immune antibody productions, had taken place in her body. The tests, in combination with his physical examination and the history obtained from Ms. Guibord, lead him to conclude that she had suffered a significant chemical exposure.²

- 6 From July of 1990 until August of 1991, the applicant was sporadically ill. She was deemed to be on sick leave without pay until August 21, 1991.

B) Efforts at Accommodation

1) Part-time work

- 7 In May of 1991 the applicant underwent a bronchoscopy. In the result, her respiratory problems were much improved. By July of 1991 the applicant was feeling much better. As a result, Dr. Molot advised her to attempt to return to work. Accordingly, on August 13, 1991 the applicant contacted her supervisor, Mr. Ekins, by telephone to determine whether she would be able to return to work on a part-time basis.

- 8 On August 14, 1991 Mr. Ekins wrote the following memorandum to Karl Cornwall, Director of Information Management:

I understand from a telephone conversation yesterday with Claudette Guibord that she is intending to return to work on Monday, August 19, 1991 and to work on a part-time basis until she is fit to work full-time.

On this basis I had a meeting with Y. Thouin and R. Malo of Staff Relations.

Mr. Thouin proposed that, in order to clarify her status with the Department, Claudette be required to go to her doctor and obtain a medical certificate from him stating:

au détergent à tapis en juillet 1990. De plus, elle avait une toux et souffrait de maux de gorge, de congestion nasale et de maux aux oreilles. Elle avait aussi saigné du nez, fait de la diarrhée, vomi et fait de la fièvre. Le D^r Molot avait noté soigneusement les antécédents médicaux de M^{me} Guibord et lui avait fait subir un examen physique, incluant des prises de sang qu'il avait fait analyser par un laboratoire en Californie. Les analyses de sang avaient révélé une intolérance au milieu. Des changements, notamment une déficience dans la production d'anticorps immuns s'étaient produits dans son corps. Les analyses, en combinaison avec l'examen physique et les antécédents médicaux obtenus de M^{me} Guibord, l'ont amené à conclure que celle-ci avait subi une exposition grave à des produits chimiques².

6 De juillet 1990 à août 1991, la requérante a été malade de façon sporadique. On a considéré qu'elle avait été en congé de maladie non rémunéré jusqu'au 21 août 1991.

B) Efforts déployés en vue d'offrir des mesures d'accueil

1) Travail à temps partiel

7 En mai 1991, la requérante a subi une bronchoscopie. Par la suite, ses troubles respiratoires ont beaucoup diminué. En juillet 1991, la requérante se sentait beaucoup mieux. Le D^r Molot lui a donc conseillé d'essayer de reprendre le travail. Le 13 août 1991, elle a téléphoné à son superviseur, M. Ekins, pour savoir si elle pouvait reprendre le travail à temps partiel.

8 Le 14 août 1991, M. Ekins a adressé la note de service suivante à Karl Cornwall, directeur de la Gestion de l'information:

[TRADUCTION] Par suite de ma conversation téléphonique d'hier avec Claudette Guibord, je comprends qu'elle a l'intention de reprendre le travail le lundi 19 août 1991, mais à temps partiel seulement jusqu'à ce qu'elle soit apte à travailler à plein temps.

À cet égard, j'ai rencontré Y. Thouin et R. Malo des Relations de travail.

Afin d'établir clairement son statut auprès du Ministère, M. Thouin a proposé que Claudette retourne voir son médecin en vue d'obtenir un certificat médical confirmant les renseignements suivants:

1. that Claudette is now fit to work;
2. that she is able to work only part-time meaning a certain number of hours a week;
3. that the duration of this period of part-time employment before full-time employment can resume is expected to last approximately how long.

Then when we examine the doctor's certificate, we can assess if its terms are acceptable to us. For example, if he states that the period of part-time employment is likely to last for a month or two, this would be acceptable. If, on the other hand, the doctor's opinion is that the part-time work is likely to last indefinitely, then my view is that this would be unacceptable in terms of the library's operational requirements.

I think the value of Mr. Thouin's suggestion is that it turns the matter of Claudette's return into a medical decision and not a decision which Claudette herself has no competency to make.³

- 9 Shortly thereafter, the applicant submitted a physician's certificate signed by Dr. Molot wherein the following was indicated:

... 1/2 days at work until Dec. 1/91—will reevaluate at that time.⁴

The certificate is dated August 19, 1991 and the estimated date of return to duty is also identified as August 19, 1991. In addition to providing her with a certificate, Dr. Molot prescribed a mask for her to filter out gases. As was stated by the Adjudicator in her reasons:

Dr. Molot felt that it would be best to try to have Ms. Guibord return to the workplace with a mask and on her initial return to work be exposed to the workplace for half days to allow her body to adapt through exposure to the toxins in the air. His tests, plus her willingness to return, showed a good long-term prognosis. This is why he supported part-time work for her. He chose the date of December 2 because he wanted to see how the grievor managed over several months.⁵

- 10 Dr. Molot conducted further blood tests on the applicant in 1992 which confirmed the nature of the applicant's illness and the benefit of part-time employment. He testified that:

1. elle est maintenant apte à travailler;
2. elle ne peut travailler qu'à temps partiel, c'est-à-dire un certain nombre d'heures par semaine;
3. la durée approximative de cette période de travail à temps partiel avant qu'elle soit en mesure de reprendre le travail à plein temps.

Ensuite, quand nous aurons examiné le certificat du médecin, nous pourrions décider si nous pouvons en accepter les conditions. Par exemple, s'il estime que la période de travail à temps partiel doit durer un mois ou deux, cela serait acceptable. Par ailleurs, si le médecin est d'avis que cette période de travail à temps partiel durera probablement indéfiniment, alors je crois que cela serait inacceptable compte tenu des besoins opérationnels de la bibliothèque.

Je pense que la suggestion de M. Thouin est valable dans la mesure où elle fait du retour de Claudette au travail une décision médicale et non une décision que Claudette elle-même n'a pas la compétence de prendre³.

- Peu après, la requérante a remis un certificat médical signé par le D^r Molot indiquant ce qui suit: 9

[TRADUCTION] ... mi-temps jusqu'au 1^{er} décembre 1991—à réévaluer à ce moment-là⁴.

Le certificat est daté du 19 août 1991, et la date probable de retour au travail est également le 19 août 1991. En plus de lui remettre un certificat médical, le D^r Molot a prescrit un masque pour filtrer les gaz. Comme l'arbitre l'indique dans ses motifs:

Le D^r Molot estimait qu'il était préférable de permettre à M^{me} Guibord de retourner au travail avec un masque et, lors de son retour initial, de ne l'exposer au milieu de travail que des demi-journées à la fois afin de permettre à son corps de s'adapter par l'exposition aux toxines dans l'air. Ses tests, plus la volonté de la fonctionnaire de retourner au travail, lui laissaient entrevoir un bon pronostic à long terme. C'est pourquoi le D^r Molot estimait que le travail à temps partiel serait bon pour elle. Il a retenu la date du 2 décembre parce qu'il voulait voir comment elle se sentirait sur une période de plusieurs mois⁵.

- Le D^r Molot a effectué d'autres tests sanguins en 1992, qui ont confirmé la nature de la maladie de la requérante et l'avantage du travail à temps partiel. Voici ce qui ressort de sa déposition: 10

The multi-chemical sensitivity that Ms. Guibord suffers from improved with decreased levels of exposure. He concluded that she was capable of part-time employment with her condition being monitored and precautions taken. It was a matter of gradual re-adaptation to the workplace.⁶

La sensibilité aux produits chimiques multiples dont souffrait M^{me} Guibord s'est améliorée en réduisant les niveaux d'exposition. Le témoin a conclu qu'elle était capable de travailler à temps partiel pourvu qu'on surveillât son état et qu'elle prit les précautions voulues. Il s'agissait pour elle de se réadapter progressivement au milieu de travail⁶.

- 11 The Adjudicator summarized Dr. Molot's other evidence on the applicant's illness:

L'arbitre a résumé le reste de la déposition du D^r Molot concernant la maladie de la requérante dans les termes suivants:

The brain and the immune system interact to suppress or activate the immune system. Subtle changes occur in the immune system in reaction to stress on the brain. The result is something greater than the sum of the two parts. Not all people are subject to stress factors to the same degree. When the brain experiences stress, there is a release of energy. If the brain receives repeated low dosages of the stress causing substances, it will adapt. Exposure to chemicals can create such a stress on the brain, either a significant exposure or low dosage but repeated exposure. The brain can become sensitized to chemicals as a stressor.⁷

Le cerveau et le système immunitaire interagissent de manière à supprimer ou activer le système immunitaire. Des changements subtils se produisent dans le système immunitaire en réaction au stress que subit le cerveau. Le résultat est quelque chose qui est plus grand que la somme des deux parties. Les gens ne sont pas tous sensibles au même degré aux facteurs de stress. Lorsque le cerveau subit un stress, il y a une libération d'énergie. Si le cerveau reçoit de faibles doses répétées des substances provoquant le stress, il s'adaptera. L'exposition aux produits chimiques peut causer un tel stress au cerveau, soit une exposition importante, soit une exposition faible mais répétée. Le cerveau peut devenir sensibilisé aux produits chimiques en tant qu'agent stressant⁷.

- 12 In accordance with her doctor's certificate, the applicant reported for work at 1:30 p.m. on August 19, 1991. After 10 or 15 minutes, the applicant was advised by her supervisor, Mr. Ekins, to return home. No reason was provided to her at that time for this refusal to accept a return to work on a part-time basis. The applicant reported to work on the next day in the afternoon and was again told by her supervisor to leave and await further instructions. Ultimately, the applicant was forced to take unpaid leave for nearly 2 years.

Conformément au certificat de son médecin, la requérante est revenue au travail à 13 h 30 le 19 août 1991. Après 10 ou 15 minutes, son superviseur, M. Ekins, lui a dit de retourner chez elle. Aucune raison ne lui a été fournie à ce moment pour expliquer le refus de l'employeur concernant son retour au travail à temps partiel. La requérante est revenue le lendemain après-midi et son superviseur lui a de nouveau dit de rentrer chez elle et d'attendre d'autres instructions. Finalement, la requérante a été obligée de prendre des congés non rémunérés pendant près de deux ans.

- 13 In a letter dated August 20, 1991 from the acting manager of Library and Information Services, the Department provided a written response to the applicant's request to return to work on a part-time basis:

Dans une lettre en date du 20 août 1991, signée par le directeur intérimaire de la bibliothèque et des services d'information, le Ministère répondait par écrit à la demande présentée par la requérante pour reprendre le travail à temps partiel:

We have reviewed the physician's certificate of Dr. J. Molot dated August 19, 1991, and have discussed the matter with TC Staff Relations. Please be advised that the operational requirements of your position make it unacceptable for it to be occupied on a half-time basis for a protracted and indefinite period. Furthermore, we are unable to staff this position with another part-time person with the requisite training and experience to make up the

[TRADUCTION] Nous avons examiné le certificat médical du D^r J. Molot en date du 19 août 1991, et avons discuté du cas avec les Relations de travail de Transports Canada. Veuillez prendre note qu'en raison des besoins opérationnels il est inacceptable que vous occupiez votre poste à mi-temps pendant une période indéterminée. En outre, nous ne pouvons affecter un autre employé à temps partiel qui posséderait la formation et l'expérience exigées pour

balance of a full-time position. Lastly, financial constraints do not permit us to have the work done by more than one person, ie. yourself and one full-time temporary employee.

For the above reasons, the Department can not accept this proposal for part-time employment.

Therefore, please advise me when you are able to fulfil the operational requirements of the position, that is, when your doctor indicates you are fit to work on a full-time or nearly full-time basis.⁸

combler la différence. Finalement, les contraintes budgétaires ne nous permettent pas de faire effectuer le travail par plus d'une personne, c'est-à-dire vous-même et un autre employé temporaire à plein temps.

Pour les motifs précités, le ministère ne peut accepter cette proposition de travail à temps partiel.

Veillez donc m'informer de la date à laquelle vous serez en mesure de répondre aux besoins opérationnels du poste, c'est-à-dire de la date à laquelle votre médecin estimera que vous êtes apte à travailler à plein temps ou presque à plein temps⁸.

14 Before the Adjudicator, Mr. Cornwall confirmed that he was aware of the applicant's environmental sensitivity and her request to work part-time. However, Mr. Cornwall explained that the Department was downsizing such that, with the same workload, "the staff wasn't there". In his view, the applicant's cataloguing duties were required to be performed on a full-time basis.⁹

14 Devant l'arbitre, M. Cornwall a confirmé qu'il était au courant de l'intolérance au milieu dont souffrait la requérante et de sa demande de travail à temps partiel. Toutefois, il a expliqué que le Ministère était en voie de réduire ses effectifs de sorte que la charge de travail était toujours là, «mais pas le personnel». À son avis, les fonctions de catalogage de la requérante devaient être accomplies à plein temps⁹.

15 Mr. Ekins also testified that hiring a person on a part-time basis to share Ms. Guibord's job would make the "management load" higher. While, in his view, part-time work for a limited period of time such as three months might have been acceptable, it could not have worked over an indefinite period.¹⁰

15 M. Ekins a également indiqué que l'embauchage d'un employé à temps partiel pour partager le poste de M^{me} Guibord alourdirait la «charge de gestion». Bien qu'à son avis une période de travail à temps partiel limitée, par exemple trois mois, eut pu être acceptable, cette solution ne pouvait être acceptée sur une période indéterminée¹⁰.

16 Given the Department's response, the applicant presented a grievance, dated August 27, 1991 in which she grieved the

16 Compte tenu de la réponse du Ministère, la requérante a déposé un grief, en date du 27 août 1991, dans lequel elle allègue que son employeur

refusal to allow me to return to my job on part-time basis as requested on August 19, 1991.¹¹

[TRADUCTION] a refusé de m'autoriser à reprendre mon travail à temps partiel, conformément à la demande du 19 août 1991¹¹.

2) Relocation to Another Site

2) Transfert dans un autre lieu de travail

17 Between 1991 and October of 1993 the employer was kept aware of the applicant's willingness to work for half days. She also submitted requests for work at alternative locations, including 344 Slater Street in Ottawa, which was located just around the corner.¹²

17 Entre 1991 et octobre 1993, l'employeur était au courant que la requérante était disposée à travailler à mi-temps. Elle a présenté des demandes de travail dans d'autres lieux de travail, y compris au 344, rue Slater à Ottawa, qui est situé à proximité¹².

18 In addition to the evidence summarized by the Adjudicator, Dr. Molot confirmed that, after devel-

18 En plus de sa déposition résumée par l'arbitre, le D^r Molot a confirmé qu'après avoir développé cette

oping environmental sensitivity due to an initial exposure to a certain substance, a person may also become sensitized to new and different substances upon exposure in the future, even though those substances did not affect the person in the first place. Accordingly, Dr. Molot expected that the applicant's environmental sensitivity could cause her difficulties in another work environment. In fact, it was his view that exposing the applicant to another environment in Place de Ville would be detrimental to her health.¹³

19 The relocation requests made by the applicant were refused on the basis of "operational needs of the Department". In the words of the Adjudicator, Mr. Ekins testified that he "felt that she should not be allowed to work at another location because of the requirement for supervision and the difficulty of consulting with her. She would also experience difficulty if she had questions."¹⁴

20 On cross-examination, Mr. Ekins testified that it would have been "inconvenient" to allow the applicant to relocate and send documents she needed by government messenger. He did not provide an answer to the issue of whether she could be properly supervised at this other location.¹⁵

3) Alternative employment

21 The employer did offer to provide the applicant with training in the Records Office and/or another position at the same classification level and rate of pay within the Department at another location. The applicant refused this offer and made it clear that it was her own job she wanted back. The Adjudicator notes in her reasons that as her refusal was quite emotional the matter was never pursued further.¹⁶

II. THE ISSUE

22 Did the Adjudicator err in fact or in law in determining that the employer had not failed in its duty to accommodate the applicant?

intolérance au milieu, par suite d'une première exposition à un certain produit, une personne peut développer une intolérance à des substances nouvelles et différentes auxquelles elle sera exposée dans l'avenir, même si ces substances ne l'avaient pas dérangée auparavant. Par conséquent, le D^r Molot s'attendait à ce que l'intolérance au milieu dont souffrait la requérante lui cause des difficultés dans un autre lieu de travail. En fait, à son avis, exposer la requérante à un autre lieu de travail à Place de Ville aurait été préjudiciable à sa santé¹³.

19 Les demandes de transfert présentées par la requérante ont été refusées en raison des «besoins opérationnels du Ministère». Selon les propres mots de l'arbitre, M. Ekins a indiqué dans sa déposition «qu'elle ne devrait pas pouvoir travailler à un autre emplacement à cause de la nécessité de supervision et de la difficulté de la consulter. La fonctionnaire aurait par ailleurs éprouvé de la difficulté si elle avait eu des questions»¹⁴.

20 En contre-interrogatoire, M. Ekins a déclaré qu'il n'aurait «pas été pratique» d'autoriser la requérante à travailler ailleurs et de lui envoyer les documents dont elle avait besoin par messenger. Il n'a pas répondu à la question de savoir si elle pouvait être supervisée de façon appropriée à cet autre endroit¹⁵.

3) Emploi de substitution

21 L'employeur a offert à la requérante de se recycler au Bureau des documents ou dans un autre poste au même niveau, avec le même traitement, ailleurs au Ministère, mais dans un autre lieu de travail. La requérante a refusé en indiquant clairement qu'elle n'accepterait rien d'autre que son poste. L'arbitre a noté dans ses motifs que, son refus ayant été très émotif, il n'a plus jamais été question de cette offre¹⁶.

II. LA QUESTION EN LITIGE

22 L'arbitre a-t-il commis une erreur de fait ou de droit lorsqu'il a statué que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement envers la requérante?

III. ANALYSIS

A) Duty to Accommodate

1) General definition and purpose

23 It is well established that employers have a duty to accommodate disabled employees to the point of undue hardship. The policy reason behind this duty is to:

... serve the overall objectives of human rights legislation, one of which is the protection of the equality of opportunity for all inhabitants of Canada to participate fully in a wide range of socio-economic fields such as employment, access to goods, services, facilities, housing, contracts and the like. These laws aim to ensure the maximum protection of the dignity and worth of the individual, by enabling him or her to feel like, and indeed to be, a full and equal participant in Canadian society.¹⁷

24 The courts have recognized the existence of a general duty to protect individuals from the effects of adverse discrimination.¹⁸ In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*,¹⁹ the Supreme Court of Canada recognized the existence of this duty in the context of an employer-employee relationship:

While no right can be regarded as absolute, a natural corollary to the recognition of a right must be the social acceptance of a general duty to respect and to act within reason to protect it. In any society the rights of one will inevitably come into conflict with the rights of others. It is obvious then that all rights must be limited in the interest of preserving a social structure in which each right may receive protection without undue interference with others. This will be especially important where special relationships exist, in the case at bar the relationship of employer and employee. In this case, consistent with the provisions and intent of the *Ontario Human Rights Code*, the employee's right requires reasonable steps towards an accommodation by the employer.²⁰

2) Employer's obligations

25 The employer's obligation to accommodate is not limitless, and will vary from one case to the next.

III. ANALYSE

A) L'obligation d'accommodement

1) Définition générale et objet

Il est bien établi que les employeurs ont l'obligation de fournir des mesures d'accommodement aux employés invalides dans la mesure où cela ne comporte pas de contrainte excessive. La raison de principe qui sous-tend cette obligation est la suivante:

[TRANSDUCTION] ... respecter les objectifs généraux de la législation relative aux droits de la personne, notamment assurer la protection du principe d'égalité des chances pour tous les habitants du Canada afin que ceux-ci participent pleinement à de nombreuses activités socio-économiques, notamment en travaillant, en ayant accès à des biens, à des services, à des installations, à des logements, en concluant des contrats et ainsi de suite. Ces lois ont pour but d'assurer une protection maximale de la dignité et de la valeur de la personne, en lui permettant de croire qu'elle est et en fait d'être véritablement un participant égal et à part entière dans la société canadienne¹⁷.

Les tribunaux ont reconnu l'existence d'une obligation générale visant à protéger les personnes contre les effets de la discrimination¹⁸. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*¹⁹, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de cette obligation dans le contexte des rapports entre employeur et employé:

Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. Cela est particulièrement important lorsque des rapports spéciaux existent, en l'espèce les rapports entre employeur et employé. Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du *Code ontarien des droits de la personne*, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables²⁰.

2) Les obligations de l'employeur

L'obligation de l'employeur à ce titre n'est pas sans limite, et elle variera selon le cas. La Cour

The Supreme Court has recognized these discrepancies and has set the boundary of accommodation at the point of undue hardship:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer.²¹

26 What constitutes undue hardship? How does one determine if an employer has attempted to accommodate to the point where any further attempts at accommodation would result in undue hardship? In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*,²² the Supreme Court answered these questions in part by establishing a list of factors to be considered in evaluating an employer's efforts to accommodate:

I do not find it necessary to provide a comprehensive definition of what constitutes undue hardship but I believe it may be helpful to list some of the factors that may be relevant to such an appraisal. I begin by adopting those identified by the Board of Inquiry in the case at bar—financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.²³

27 The Court also noted that the burden of proving that legitimate efforts have been made to accommodate an employee to the point of undue hardship lies with the employer.²⁴ More recently, the Supreme Court confirmed that it is up to the employer to search for suitable methods of accommodation and to propose these methods to the employee:

suprême a reconnu ces divergences et a fixé la limite des mesures d'accommodement à la contrainte excessive:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive; en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs²¹.

26 Qu'entend-on par contrainte excessive? Comment peut-on déterminer si un employeur a essayé de s'entendre avec l'employé à un point tel que tout autre effort constituerait une contrainte excessive? Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*²², la Cour suprême a répondu en partie à ces questions en établissant une liste de facteurs à prendre en compte dans l'évaluation des efforts déployés par un employeur pour fournir des adaptations:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce—le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas²³.

27 La Cour note également que c'est à l'employeur qu'il incombe de démontrer que des efforts légitimes ont été faits pour accommoder l'employé, dans la mesure où cela ne comporte pas une contrainte excessive²⁴. Plus récemment, la Cour suprême a confirmé que c'est à l'employeur qu'il incombe de rechercher des mesures d'accommodement convenables et de les proposer à l'employé:

While the complainant may be in a position to make suggestions, the employer is in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business.²⁵

3) Employee's obligations

28 As early as 1985 when the *O'Malley* decision was handed down, the Supreme Court recognized that the employer's duty to accommodate entailed a corresponding duty on the part of the employee to accept a reasonable compromise:

The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment.²⁶

29 This duty was reiterated in *Renaud*,²⁷ where the Supreme Court outlined the role of the employee in arriving at a reasonable accommodation:

To facilitate the search for an accommodation, the complainant must do his or her part as well. Concomitant with a search for reasonable accommodation is a duty to facilitate the search for such an accommodation. Thus in determining whether the duty of accommodation has been fulfilled the conduct of the complainant must be considered.

This does not mean that, in addition to bringing to the attention of the employer the facts relating to discrimination, the complainant has a duty to originate a solution. While the complainant may be in a position to make suggestions, the employer is in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business. When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposals to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. This is the aspect referred to by McIntyre J. in *O'Malley*. The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise²⁵.

3) Les obligations de l'employé

28 Depuis 1985, soit depuis la décision *O'Malley*, la Cour suprême reconnaît que l'obligation d'accommodement comporte une obligation correspondante de la part de l'employé d'accepter un compromis raisonnable:

L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi²⁶.

29 Cette obligation a été réitérée dans *Renaud*²⁷; la Cour suprême y souligne le rôle qui revient à l'employé pour parvenir à un compromis:

Pour faciliter la recherche d'un compromis, le plaignant doit lui aussi faire sa part. À la recherche d'un compromis raisonnable s'ajoute l'obligation de faciliter la recherche d'un tel compromis. Ainsi, pour déterminer si l'obligation d'accommodement a été remplie, il faut examiner la conduite du plaignant.

Cela ne signifie pas qu'en plus de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, le plaignant est tenu de proposer une solution. Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise. Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable. C'est cet aspect que le juge McIntyre a mentionné dans l'arrêt *O'Malley*. Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

30 The employee's obligations are therefore limited to informing the employer of the situation warranting attention, facilitating the accommodation process, and ultimately accepting what is viewed as reasonable accommodation.

B) Decision

31 After having reviewed the evidence, the Adjudicator concluded that the employer's offer of alternate employment at another location constituted a reasonable accommodation and proceeded to dismiss the applicant's grievance. The essence of her reasoning is reflected in the following passage:

When Mr. Cornwall offered to provide her with another position at the same level and money within the Department but at another location, the grievor refused to consider this option. Since the grievor's disability arose out of a chemical spill in the library, I am of the opinion that the offer constituted a reasonable offer of accommodation on the part of the employer. The grievor provided no reasonable explanation for her refusal to consider it. In light of these facts, I cannot find that there was a failure of the duty to accommodate on the part of the employer.²⁸

32 According to the applicant, the Adjudicator erred in law in dismissing the grievance on that basis. What the applicant argues is that the solution which she advanced was the most appropriate in the circumstances. In so stating, the applicant submits that her health should have been a major factor in determining whether the duty to accommodate had been met and that part-time work had been identified by her doctor as the appropriate solution. The applicant further contends that at the onset, the accommodation should be aimed at reintegrating the employee in his or her own job. Only when such accommodation is not possible must the issue of alternate work be explored.²⁹

33 I note in this regard that the possibility of reintegrating the applicant in her original job under the two scenarios proposed by the applicant was considered by the employer, but was not pursued for operational reasons. With respect to the proposal that she return to her job on a part-time basis for a

30 Les obligations de l'employé se limitent donc à informer l'employeur de la situation qui mérite un examen attentif, à faciliter la mise en œuvre du compromis, et finalement à accepter ce qui est vu comme une mesure d'accommodement raisonnable.

B) Décision

31 Après avoir examiné la preuve, l'arbitre a conclu que l'offre de l'employeur portant sur un autre poste dans un autre emplacement constituait une mesure d'accommodement raisonnable et a décidé de rejeter le grief de la requérante. L'essentiel de son raisonnement se trouve dans le passage suivant:

Lorsque M. Cornwall a offert à la fonctionnaire de lui trouver un autre poste au même niveau et avec le même traitement à l'intérieur du Ministère mais à un autre emplacement, celle-ci a refusé de considérer l'offre. Comme l'incapacité de la fonctionnaire avait été causée par un renversement de produits chimiques dans la bibliothèque, j'estime que l'offre constituait une tentative d'accommodement raisonnable de la part de l'employeur. La fonctionnaire n'a avancé aucune explication raisonnable de son refus d'examiner cette offre. À la lumière de ces faits, je ne puis conclure que l'employeur ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement²⁸.

32 Selon la requérante, l'arbitre a commis une erreur de droit en rejetant le grief pour ce motif. La requérante fait valoir que la solution qu'elle a proposée était la plus appropriée dans les circonstances. Elle soutient que son état de santé aurait dû être un facteur prédominant pour déterminer si l'employeur avait respecté son obligation d'accommodement et que son médecin avait identifié le travail à temps partiel comme la solution appropriée. La requérante soutient également qu'au départ le compromis recherché devrait avoir pour but premier de réintégrer l'employé à son poste. Ce n'est que lorsqu'une telle mesure d'accommodement n'est pas réalisable qu'il faut envisager la possibilité d'offrir un autre emploi²⁹.

33 À cet égard, je note que la possibilité de réintégrer la requérante dans son premier emploi en vertu des deux scénarios qu'elle propose a été envisagée par l'employeur, mais que cette solution n'a pas été examinée plus avant en raison des nécessités du service. Quant à la proposition de reprendre son

trial period of three months,³⁰ the operational objections were summarized as follows:

Ms. Guibord's cataloguing duties were required to be performed on a full-time basis. If she were given half-day duties only, the Department would need to hire someone else for half days for an approximately three-month period [sic] and this was impossible. It would take one month of this period to train anyone they were able to hire. The general philosophy that he [Mr. Cornwall] as a manager was working with at the time was "do more with less". There was a tremendous backlog in work and restructuring of the Department was taking place. He noted that he "needed every hand to work as a team".³¹

34 With respect to the proposal that she return to her job at another location, the operational objections were summarized as follows:

Ms. Guibord works with documents. She organizes them, catalogues and classifies them according to a set procedure. Mr. Ekins felt that she should not be allowed to work at another location because of the requirement for supervision and the difficulty of consulting with her.³²

35 While the applicant may disagree with the soundness of the reasons offered by the employer for not accepting her proposals, it cannot be said that these reasons do not reflect genuine operational concerns. The applicant argues that having regard to the quickness with which the employer's response was given, it is "inconceivable" that the employer could have fully assessed its duty to accommodate before advancing its proposal.³³ I do not believe that the time within which the response was given is inconsistent with it having been given in compliance with the duty to accommodate.

36 The applicant further contends that the employer should have ignored its operational concerns in order to give effect to her proposal. According to her, these concerns were not sufficiently valid to allow the Adjudicator to hold, in effect, that in denying her request, the employer had nevertheless accommodated her to the point of undue hardship.³⁴ However, as I read the decision of the Supreme Court in *Central Alberta Dairy Pool*,³⁵ the concerns

poste à temps partiel pendant une période d'essai de trois mois³⁰, les objections sur le plan opérationnel ont été résumées dans les termes suivants:

Le catalogage qu'effectuait M^{me} Guibord devait se faire à temps complet. Si on lui avait permis de travailler à mi-temps, le Ministère aurait été obligé d'engager quelqu'un d'autre pour l'autre moitié du temps pour une période d'environ trois mois, ce qui était impossible. Il aurait fallu un mois pour former la personne qu'on aurait pu trouver. La philosophie générale qu'il devait appliquer en tant que gestionnaire à l'époque, c'était qu'il fallait «faire plus avec moins». Il y avait un arriéré considérable et le Ministère était en période de restructuration. «Je devais pouvoir compter sur l'apport de tous les membres de l'équipe», a-t-il ajouté³¹.

Pour ce qui a trait à la proposition que la requérante reprenne son travail à un autre endroit, les objections sur plan opérationnel ont été résumées de la façon suivante:

Mme Guibord travaille avec des documents. Elle les organise, les catalogue et les classe selon un ensemble de procédures. M. Ekins estimait qu'elle ne devrait pas pouvoir travailler à un autre emplacement à cause de la nécessité de supervision et de la difficulté de la consulter³².

Il est bien possible que la requérante n'accepte pas la justesse des motifs fournis par l'employeur pour refuser ses propositions, mais on ne peut prétendre que ces motifs ne tiennent pas compte de véritables questions d'ordre opérationnel. La requérante prétend que, compte tenu de la rapidité avec laquelle l'employeur a fourni sa réponse, il est «inconcevable» qu'il ait évalué pleinement la teneur de son obligation d'accommodement avant de soumettre sa proposition³³. Je ne crois pas que le délai de réponse soit incompatible avec le fait que l'employeur a respecté son obligation d'accommodement.

La requérante prétend de plus que l'employeur aurait dû ignorer les nécessités du service afin de donner effet à sa proposition. Selon elle, ces préoccupations n'étaient pas suffisamment valides pour permettre à l'arbitre de soutenir qu'en refusant sa demande l'employeur avait néanmoins offert un compromis jusqu'à la limite de la contrainte excessive³⁴. Toutefois, d'après mon interprétation de la décision de la Cour suprême dans *Central Alberta*

raised by the employer fell within the class of factors relevant to the determination of what constitutes undue hardship. That is the context in which the Adjudicator turned her mind to the employer's offer and found that the applicant had a duty to at least consider the accommodation extended to her and that she failed to provide a reasonable explanation for refusing to consider it.

37 The applicant attacks this last finding on the basis that it was not open to the Adjudicator on the evidence to conclude that she had failed to provide a reasonable explanation for the refusal. She maintains that her refusal was based on valid medical reasons. In so stating, the applicant relies on the affidavit of Derek Dagger who attended at the hearing before the Adjudicator on her behalf and who states that Dr. Molot, in addition to the testimony summarized by the Adjudicator in her decision, testified as follows:

8. In addition to this evidence, Dr. Molot testified that the safest and best course for the Applicant was to gradually reintegrate into her previous work environment such that she would be able to tolerate that environment. Accordingly, he provided a medical certificate stating that she could return to work for half days, which was entered as Exhibit G-9. Dr. Molot stated that this offered the best chance of a successful return to work on a full-time basis.

9. Dr. Molot testified that, after developing environmental sensitivity due to an initial exposure to a certain substance, a person may also become sensitized to new and different substances upon exposure in the future, even though those substances did not affect the person in the first place. Dr. Molot testified that he expected that the Applicant's environmental sensitivity would cause her difficulties in another work environment. He further testified that one could expect that exposing the Applicant to another environment in Place de Ville would be detrimental to the Applicant's health.

10. Evidence before the Adjudicator confirmed the job which was offered by the Department was located in a different tower of Place de Ville. Evidence also confirmed that the Canada Building at 344 Slater Street is just around the corner from the location of Place de Ville.

38 More importantly, the affiant states at paragraph 11 of the affidavit that:

*Dairy Pool*³⁵, les préoccupations formulées par l'employeur se retrouvent parmi les facteurs pertinents pour déterminer ce qu'il faut entendre par contrainte excessive. C'est effectivement dans ce contexte que l'arbitre a analysé l'offre de l'employeur et conclu que la requérante avait à tout le moins l'obligation d'examiner l'accommodement qui lui était proposé alors qu'elle n'a donné aucune explication raisonnable pour justifier son refus.

La requérante conteste cette dernière conclusion au motif qu'il n'était pas loisible à l'arbitre, d'après la preuve dont elle était saisie, de conclure qu'elle n'avait pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son refus. Elle soutient que son refus se fondait sur des raisons médicales valides. La requérante s'appuie à cet égard sur l'affidavit de Derek Dagger qui la représentait à l'audience devant l'arbitre et qui déclare que le D^r Molot, en plus de sa déposition qui a été résumée par l'arbitre dans sa décision, a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] 8. En plus de cette preuve, le D^r Molot a déclaré que la solution la meilleure et celle qui offrait le plus de sécurité pour la requérante était de la réintégrer graduellement dans son ancien milieu de travail de façon à ce qu'elle soit en mesure de tolérer ce milieu. Par conséquent, il a remis un certificat médical, produit sous la pièce G-9, indiquant qu'elle devrait retourner au travail à mi-temps. D'après le D^r Molot, cette solution offrait les meilleures possibilités d'un retour réussi au travail à temps plein.

9. Le D^r Molot a déclaré qu'après avoir développé une intolérance au milieu, par suite de son exposition à une certaine substance, une personne peut également devenir sensible à des substances nouvelles et différentes auxquelles elle est exposée dans l'avenir, même si ces substances ne lui causaient aucun malaise auparavant. Le D^r Molot a déclaré qu'il s'attendait à ce que l'intolérance au milieu dont souffrait la requérante lui cause des difficultés ailleurs. Il a de plus indiqué que l'on pouvait s'attendre à ce que l'exposition à un autre emplacement situé à Place de Ville soit préjudiciable à l'état de santé de la requérante.

10. La preuve dont était saisie l'arbitre confirme que l'emploi qui a été offert par le Ministère était situé dans une autre tour de Place de Ville. La preuve confirme également que l'immeuble du 344, rue Slater, est situé à proximité de Place de Ville.

De façon plus significative, l'auteur de l'affidavit déclare au paragraphe 11:

37

38

11. The Applicant testified that the reason for her refusal of the Department's job offer was the advice she received from Dr. Molot as described in paragraphs 8 and 9 above.

[TRADUCTION] 11. La requérante a indiqué qu'elle avait refusé l'offre d'emploi du ministère sur les conseils de D' Molot, comme il est indiqué aux paragraphes 8 et 9 ci-dessus.

39 Accordingly, the applicant argues that there is no basis for the Adjudicator's conclusion that she provided no reasonable explanation for her refusal to consider the employer's attempt to accommodate her.

39 Par conséquent, la requérante prétend que la conclusion de l'arbitre indiquant qu'elle n'a fourni aucune explication raisonnable justifiant son refus d'examiner l'offre d'accommodement que lui a faite l'employeur n'avait aucun fondement.

40 The problem with this contention is that while paragraph 11 of the Dagger affidavit is evidence that the applicant had in mind the concerns expressed by Dr. Molot when she refused the employer's offer, it falls short of asserting that these concerns were conveyed to the employer. In this respect, the only evidence which specifically deals with the reasons conveyed by the applicant to her employer at the relevant time is the affidavit of Don Johns who was also in attendance at the hearing and a memo drafted shortly after the applicant's refusal. In his affidavit Don Johns states that Mr. Cornwall's testimony at the hearing was that:

40 La difficulté de cette prétention vient de ce que, même si le paragraphe 11 de l'affidavit de Dagger prouve que la requérante avait à l'esprit les préoccupations exprimées par le D' Molot quand elle a refusé l'offre d'emploi, il n'établit pas que ces préoccupations ont été communiquées à l'employeur. À cet égard, les seuls éléments de preuve qui traitent précisément des raisons que la requérante aurait communiquées à son employeur à l'époque pertinente est l'affidavit de Don Johns qui assistait également à l'audience et une note de service rédigée peu après le refus de la requérante. Dans son affidavit, Don Johns indique qu'au cours de son témoignage à l'audience, M. Cornwall a déclaré ce qui suit:

. . . the only reason the Applicant provided to him for not accepting his offer. . . was that she wanted her own job back in the library and that she would not consider the other position at the registry."³⁶ [Emphasis added.]

[TRADUCTION] . . . la seule raison que la requérante lui a fournie pour refuser son offre . . . était qu'elle voulait reprendre son emploi à la bibliothèque et qu'elle n'envisagerait pas le poste qui lui avait été offert au greffe»³⁶. [Non souligné dans l'original.]

The subsequent memo which was drafted by Mr. Cornwall with the obvious view of recording the applicant's stated justification for her refusal reads:

La note de service ultérieure qui a été rédigée par M. Cornwall dans le but évident de consigner la raison fournie par la requérante pour justifier son refus indique ce qui suit:

You stated that you were not interested in being assigned other duties until such time that you were able to come back to work on a full-time basis. You also indicated to me that, in order to evaluate the effects of the workplace environment on your immune system, you had to gradually be exposed to the work milieu of the library.³⁷

[TRADUCTION] Vous avez indiqué que vous n'étiez pas intéressée à être affectée à d'autres fonctions tant que vous ne seriez pas en mesure de reprendre le travail à plein temps. Vous m'avez également informé que, pour évaluer les effets du milieu de travail sur votre système immunitaire, vous deviez être exposée graduellement au milieu de travail que l'on retrouve à la bibliothèque³⁷.

41 There is no evidence that the applicant conveyed anything else to her employer at the relevant time, and specifically, there is no evidence that she conveyed any concerns of a medical nature in so far as the alternative work location proposed by the employer was concerned. It follows that contrary to

41 Aucun élément de preuve n'indique que la requérante a communiqué quoi que ce soit d'autre à son employeur à l'époque pertinente et, plus précisément, qu'elle a exprimé ses préoccupations de nature médicale pour ce qui concerne le lieu de travail que son employeur lui avait proposé en remplacement. Il

what is asserted by the applicant, it cannot be said that the Adjudicator ignored the evidence in concluding that she had not provided a reasonable explanation for her refusal.

42 The Adjudicator reasoned that as the offer put forth by the employer was, on the face of it, reasonable, it called for some response on the part of the applicant. A job at a different location had the advantage of placing the applicant in a different working environment thereby taking her out of the environment which caused her illness. *Prima facie*, it was a solution that was responsive to the applicant's condition. If at the relevant time, the applicant had reason to believe that exposing her to this new work location would not only be of no assistance but would actually be detrimental to her condition,³⁸ she had a duty to let that be known. On the basis of the record, it was open to the Adjudicator to hold that the applicant failed in that duty thereby preventing the identification and development of a suitable accommodation.

43 For these reasons, the application is dismissed.

¹ The facts summarized under this heading are essentially as stated in the applicant's memorandum, applicant's application record, vol. II, at p. 152 *et seq.*

² Reasons for decision [at pp. 14-15 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 16.

³ Applicant's application record, vol. I, at p. 45.

⁴ Applicant's application record, vol. I, at p. 125.

⁵ Reasons for decision [at p. 28 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 22.

⁶ Reasons for decision [at p. 16 (QL)], applicant's application record, at p. 16.

⁷ Reasons for decision [at p. 14 (QL)], applicant's application record, at p. 15.

⁸ Applicant's application record, vol. I, at p. 130.

⁹ Reasons for decision [at pp. 20-21 (QL)], applicant's application record, vol. I, at pp. 19 and 21; affidavit of Don Johns, applicant's application record, vol. I, at p. 147.

¹⁰ Reasons for decision [at p. 20 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 18.

¹¹ Grievance, applicant's application record, vol. I, at p. 101.

¹² Reasons for decision [at p. 11 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 14.

s'ensuit que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, on ne peut prétendre que l'arbitre a ignoré la preuve en concluant qu'elle n'avait pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son refus.

42 Selon le raisonnement de l'arbitre, comme l'offre faite par l'employeur était, à première vue, raisonnable, la requérante devait y répondre d'une façon ou d'une autre. Le poste offert dans un autre endroit avait l'avantage de changer la requérante de milieu, la soustrayant ainsi au milieu qui l'avait rendue malade. À première vue, il s'agissait d'une solution qui tenait compte de son état de santé. Si, à l'époque pertinente, la requérante avait des raisons de croire que l'exposition à son nouveau milieu de travail ne lui serait, non seulement d'aucune utilité, mais qu'en fait cela serait préjudiciable à son état de santé³⁸, elle avait l'obligation de le faire savoir à son employeur. D'après le dossier, l'arbitre était en droit de conclure que la requérante avait manqué à son obligation, empêchant ainsi l'employeur de trouver et de lui proposer une mesure d'accommodement acceptable.

Pour ces motifs, la requête est rejetée.

43

¹ Les faits résumés dans cette partie sont essentiellement ceux qui sont exposés dans le mémoire de la requérante, dossier de la demande, vol. II, à la p. 152 et suivantes.

² Motifs de la décision [aux p. 16 et 17 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 16.

³ Dossier de la demande, vol. I, à la p. 45.

⁴ Dossier de la demande, vol. I, à la p. 125.

⁵ Motifs de la décision [à la p. 31 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 22.

⁶ Motifs de la décision [aux p. 17 et 18 (QL)], dossier de la demande, à la p. 16.

⁷ Motifs de la décision [aux p. 15 et 16 (QL)], dossier de la demande, à la p. 15.

⁸ Dossier de la demande, vol. I, à la p. 130.

⁹ Motifs de la décision [aux p. 22 et 23 (QL)], dossier de la demande, vol. I, aux p. 19 et 21; affidavit de Don Johns, dossier de la demande, vol. I, à la p. 147.

¹⁰ Motifs de la décision [à la p. 22 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 18.

¹¹ Grief, dossier de la demande, vol. I, à la p. 101.

¹² Motifs de la décision [à la p. 12 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 14.

¹³ Affidavit of Derek Dagger, applicant's application record, vol. I, at p. 7.

¹⁴ Reasons for decision [at p. 19 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 18.

¹⁵ Reasons for decision [at p. 19 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 18.

¹⁶ Reasons for decision [at p. 22 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 19.

¹⁷ David Lepofsky, "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, at pp. 5-6.

¹⁸ In the case at bar, we are concerned with discrimination on the grounds of physical disability.

¹⁹ [1985] 2 S.C.R. 536 (hereinafter *O'Malley*).

²⁰ *Ibid.*, at pp. 554-555.

²¹ *Ibid.*, at p. 555.

²² [1990] 2 S.C.R. 489 (hereinafter *Central Alberta Dairy Pool*).

²³ *Ibid.*, at pp. 520-521.

²⁴ *Ibid.*, at p. 520.

²⁵ *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 994 (hereinafter *Renaud*).

²⁶ *O'Malley*, *supra*, note 19, at p. 555.

²⁷ *Renaud*, *supra*, note 25, at pp. 994-995.

²⁸ Reasons for decision [at p. 34 (QL)], applicant's application record, at p. 25.

²⁹ See Marilyn Ginsburg and Catherine Bickley, "Accommodating the Disabled: Emerging Issues under Human Rights Legislation" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 72, at p. 91.

³⁰ Which period was then to be re-evaluated by Dr. Molot.

³¹ Reasons for decision [at pp. 21-22 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 19.

³² Reasons for decision [at p. 19 (QL)], applicant's application record, vol. I, at p. 18.

³³ Applicant's memorandum of argument, para. 47.

³⁴ Applicant's memorandum of argument, para. 42.

³⁵ *Supra*, note 22.

³⁶ Applicant's application record, affidavit of Don Johns, para. 9, vol. I, at p. 147.

³⁷ Memo from Karl Cornwall to Claudette Guibord dated November 28, 1991, applicant's application record, vol. I, at p. 46.

³⁸ As Dr. Molot suggested during his testimony, see affidavit of Derek Dagger, para. 9 *in fine*, applicant's application record, vol. I, at p. 147.

¹³ Affidavit de Derek Dagger, dossier de la demande, vol. I, à la p. 7.

¹⁴ Motifs de la décision [à la p. 21 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 18.

¹⁵ Motifs de la décision [à la p. 21 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 18.

¹⁶ Motifs de la décision [à la p. 24 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 19.

¹⁷ David Lepofsky, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, aux p. 5 et 6.

¹⁸ En l'espèce, nous traitons de la discrimination fondée sur la déficience physique.

¹⁹ [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après *O'Malley*).

²⁰ *Ibid.*, aux p. 554 et 555.

²¹ *Ibid.*, à la p. 555.

²² [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après *Central Alberta Dairy Pool*).

²³ *Ibid.*, aux pages 520 et 521.

²⁴ *Ibid.*, à la p. 520.

²⁵ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la p. 994 (ci-après *Renaud*).

²⁶ *O'Malley*, précité, note 19, à la p. 555.

²⁷ *Renaud*, précité, note 25, aux p. 994 et 995.

²⁸ Motifs de la décision [aux p. 37 et 38 (QL)], dossier de la demande, à la p. 25.

²⁹ Voir Marilyn Ginsburg et Catherine Bickley, «Accommodating the Disabled: Emerging Issues under Human Rights Legislation» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 72, à la p. 91.

³⁰ Période qui devait ensuite être réévaluée par le D^r Molot.

³¹ Motifs de la décision [aux p. 23 et 24 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 19.

³² Motifs de la décision [à la p. 21 (QL)], dossier de la demande, vol. I, à la p. 18.

³³ Mémoire de la requérante, par. 47.

³⁴ Mémoire de la requérante, par. 42.

³⁵ Précité, note 22.

³⁶ Dossier de la demande, affidavit de Don Johns, par. 9, vol. I, à la p. 147.

³⁷ Note de service de Karl Cornwall à Claudette Guibord en date du 28 novembre 1991, dossier de la demande, vol. I, à la p. 46.

³⁸ Comme l'a laissé entendre le D^r Molot au cours de sa déposition, voir l'affidavit de Derek Dagger, par. 9, *in fine*, dossier de la demande, vol. I, à la p. 147.

A-600-96

The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guévin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi (*Applicants/Appellants*)

v.

The Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada, l'honorable Horace Krever, ès qualité de Commissaire de l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada suivant le décret C.P. 1993-1879 (*Respondent*)

and

Connaught Laboratories Limited, Bayer Inc., Baxter Corporation and Craig A. Anhorn (*Applicants/Cross-appellants*)

and

HIV-T Group (Blood Transfused), Canadian AIDS Society, Canadian Hemophilia Society, Hepatitis C Survivors' Society, Janet Connors (Infected Spouses and Children Association), Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, Guy-Henri Godin et Jean-Daniel Couture, le Groupe de l'hépatite C des transfusés et hémophiles/Hepatitis C. Group of Transfusion Recipients and Hemophiliacs, The Gignac, Sutts Group and The Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society (*Intervenors*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSIONER OF THE INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, MacGuigan and Décary J.J.A.—Toronto, December 16, 17, 18, 19 and 20, 1996; Ottawa, January 17, 1997.

Administrative law — Judicial review — Commissioner appointed under Inquiries Act to report on safety of blood

A-600-96

The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guévin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst et Dr. Andrew Kaegi (*requérants/appellants*)

c.

The Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada, l'honorable Horace Krever, ès qualité de Commissaire de l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada suivant le décret C.P. 1993-1879 (*intimé*)

et

Connaught Laboratories Limited, Bayer Inc., Baxter Corporation et Craig A. Anhorn (*requérants/contre-appellants*)

et

HIV-T Group (Blood Transfused), Canadian AIDS Society, Canadian Hemophilia Society, Hepatitis C Survivors' Society, Janet Connors (Infected Spouses and Children Association), Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, Guy-Henri Godin et Jean-Daniel Couture, le Groupe de l'hépatite C des transfusés et hémophiles/Hepatitis C. Group of Transfusion Recipients and Hemophiliacs, The Gignac, Sutts Group et The Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society (*intervenants*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE DE L'ENQUÊTE SUR L'APPROVISIONNEMENT EN SANG) (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Toronto, 16, 17, 18, 19 et 20 décembre 1996; Ottawa, 17 janvier 1997.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Un commissaire a été chargé de faire rapport sur le système

system in Canada — Notices delivered under Act, s. 13 advising named individuals, corporations, governments of possible findings of misconduct — Applications for judicial review brought by number of them, dismissed by Trial Judge — Administrative acts not beyond reach of judicial review — Courts should intervene only when content of notice implies obvious excess of jurisdiction, flagrant breach of rules of natural justice — Commissioner having no power to make findings of civil, criminal liability — Case law reviewed as to meaning of “findings of liability” — Allegations of misconduct by Commissioner not conclusions of law in respect of appellants’ civil, criminal responsibility — Commissioner not limiting jurisdiction by giving assurances to appellants — Requirements of procedural fairness met — Act giving Commissioner considerable latitude — Notices valid except for one individual — As to participation by Commission counsel in preparation of final report, case law on administrative tribunal decisions in disciplinary matters inapplicable.

Health and Welfare — Inquiry on blood system in Canada — Notices sent to individuals, corporations, governments under Inquiries Act, s. 13 — Commissioner not entitled to make conclusions of law in respect of appellants’ civil, criminal liability — Public inquiry under Inquiries Act not trial — Report not judgment — Commissioner having broad latitude, discretion — Rules of procedural fairness followed.

These were appeal and cross-appeals from a Trial Division decision dismissing applications for judicial review of notices delivered under section 13 of the *Inquiries Act*. In October 1993, the Canadian government established an Inquiry Commission to review and report on the safety of the blood system in Canada. Public hearings were held between November 22, 1993 and December 21, 1995, at which date Commission counsel delivered forty-five notices naming ninety-five individuals, corporations or governments. Depending on the case, the notices contained from one to one hundred allegations of misconduct. A number of those who had received the notices brought applications for judicial review, arguing that the Commissioner did not have the power to state the conclusions of law in relation to their civil or criminal liability and that

canadien d’approvisionnement en sang, aux termes de la Loi sur les enquêtes — Des préavis ont été envoyés, aux termes de l’art. 13 de la Loi, avisant les individus, personnes morales ou gouvernements nommément désignés de la possibilité que des conclusions de faute soient tirées à leur égard — Les demandes de contrôle judiciaires déposées par certains d’entre eux ont été rejetées par le juge de première instance — Les actes administratifs n’échappent pas au contrôle judiciaire — Les tribunaux ne devraient intervenir que là où le contenu du préavis suppose un excès de compétence manifeste ou révèle un manquement flagrant aux règles de justice naturelle — Le commissaire n’a pas le pouvoir de formuler des conclusions de responsabilité civile ou criminelle — Examen de la jurisprudence pour déterminer la signification de «conclusions de responsabilité» — Le commissaire n’a pas formulé les allégations de faute en des termes qui équivalent à des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants — Le commissaire n’a pas limité sa compétence en donnant des assurances aux appelants — Les exigences de l’équité procédurale ont été satisfaites — Le commissaire bénéficie d’une latitude considérable en vertu de la Loi — Les préavis étaient tous valides, sauf un — La jurisprudence relative aux décisions prises par des tribunaux administratifs en matière disciplinaire n’est pas applicable en ce qui concerne la participation des avocats de la Commission à la rédaction du rapport final.

Santé et bien-être social — Enquête sur le système canadien d’approvisionnement en sang — Des préavis ont été envoyés à des individus, personnes morales et gouvernements, aux termes de l’art. 13 de la Loi sur les enquêtes — Le commissaire n’a pas le pouvoir de formuler des conclusions de droit au sujet de la responsabilité civile ou criminelle des appelants — Une enquête publique en vertu de la Loi sur les enquêtes n’est pas un procès — Le rapport d’un commissaire n’est pas un jugement — Celui-ci bénéficie d’une latitude et d’un pouvoir discrétionnaire considérables — Les exigences de l’équité procédurale ont été satisfaites.

Il s’agit de l’appel et d’appels incidents d’une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté les demandes de contrôle judiciaire des avis envoyés en vertu de l’article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. En octobre 1993, le gouvernement du Canada a créé une commission chargée de faire enquête et rapport sur le système canadien d’approvisionnement en sang. La Commission a tenu des audiences publiques dans tout le Canada entre le 22 novembre 1993 et le 21 décembre 1995, date à laquelle les avocats de la Commission ont envoyé quarante-cinq préavis dans lesquels quatre-vingt-quinze individus, personnes morales ou gouvernements étaient nommément désignés. Les préavis contenaient, selon le cas, entre une et une centaine d’allégations de faute. Plusieurs récipiendaires des préavis ont alors présenté des demandes de contrôle

delivering the notices at the very end of the hearings violated the rules of procedural fairness. The Trial Judge dismissed the applications for judicial review on the basis that the Commissioner had jurisdiction to send the notices, that the challenge was premature and that the applicants had been accorded all procedural safeguards during the hearings. Three main issues were raised on appeal: 1) whether the applications for judicial review were premature; 2) whether the Commissioner had the power to make conclusions of law in respect of the appellants' civil or criminal liability and 3) whether the requirements of procedural fairness had been met.

Held, the appeal should be dismissed; the cross-appeals should be allowed in part.

1) The submission that the applications for judicial review were premature in that the notices were merely an administrative act setting out hypothetical findings could not be accepted. In modern case law, the so-called "administrative" nature of an act does not place that act beyond the reach of judicial review. One of the objectives of judicial review of the decisions of administrative bodies is to prevent those bodies from doing acts that they do not have the power to do. The hypothetical finding set out in a notice is one that a commissioner has the power to make, as an actual finding, in his report. Here, the act of the Commissioner that is being challenged is not pure speculation on his part that might have been gleaned from his conduct or his comments at the inquiry; rather, it is an opinion clearly expressed by his representatives to the effect that such conclusions are possible. In principle, it is possible to apply to quash a notice that a commissioner decides to give under section 13. In practice, however, the courts must show extreme constraint before intervening at this stage. The notices in no way state the Commissioner's opinion; they merely state the possibility that the Commissioner may state the opinion that there has been misconduct. The courts should intervene only when the content of the notice implies an obvious excess of jurisdiction, or discloses a flagrant breach of the rules of natural justice. However legitimate and important the objective may be, it does not justify all the means that might be used to achieve it. The search for truth does not excuse the violation of the rights of those being investigated. The considerable powers of commissioners and the ready, numerous and often tempting opportunities for abuse make it particularly necessary that the courts be vigilant.

2) A public inquiry into a tragedy would be quite pointless if it did not lead to identification of the causes and

judiciaire, dans lesquelles ils soutenaient que le commissaire n'avait pas le pouvoir de formuler les conclusions de droit relatives à leur responsabilité civile ou criminelle, et que l'envoi des préavis à la toute fin des audiences violait les règles d'équité procédurale. Le juge de première instance a rejeté les demandes de contrôle judiciaire, aux motifs que le commissaire avait compétence pour envoyer les préavis, que l'attaque était prématurée, et que toutes les sauvegardes procédurales avaient été accordées aux requérants au cours des audiences. En appel, trois questions principales ont été soulevées: 1) les demandes de contrôle judiciaire étaient-elles prématurées? 2) le commissaire avait-il le pouvoir de formuler des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants? 3) les exigences de l'équité procédurale ont-elles été satisfaites?

Arrêt: l'appel doit être rejeté; les appels incidents doivent être accueillis en partie.

1) L'argument portant que les demandes de contrôle judiciaire étaient prématurées, parce que les préavis ne seraient qu'un acte administratif faisant état de conclusions hypothétiques, n'a pas été retenu. Il est acquis, dans la jurisprudence moderne, que la nature soi-disant «administrative» d'un acte ne met pas cet acte à l'abri du contrôle judiciaire. L'un des objectifs du contrôle judiciaire des décisions de l'administration est de prévenir que soient posés des actes que celle-ci n'a pas le pouvoir de poser. La conclusion hypothétique énoncée dans un préavis en est une que le commissaire a le pouvoir d'énoncer pour de vrai dans son rapport. Ce n'est pas, ici, pure spéculation du commissaire qui est attaquée et qu'on aurait glané de son comportement ou de ses propos lors de l'enquête; il s'agit plutôt d'une opinion, clairement formulée par les représentants du commissaire, selon laquelle il était loisible à ce dernier de tirer de telles conclusions. En principe, il est possible de demander l'annulation d'un préavis qu'un commissaire décide de donner en vertu de l'article 13. En pratique, toutefois, les tribunaux doivent faire preuve de retenue extrême avant d'intervenir à ce stade. Les préavis ne font point état de l'opinion du commissaire; ils ne font état que de la possibilité que ce dernier émette l'opinion qu'une faute a été commise. Les tribunaux ne devraient intervenir que là où le contenu du préavis suppose un excès de compétence manifeste ou révèle un manquement flagrant aux règles de justice naturelle. La fin recherchée, si légitime et si importante soit-elle, ne justifie pas tous les moyens qu'on puisse utiliser pour y arriver. La recherche de la vérité n'excuse la violation des droits des personnes sous enquête. La vigilance des tribunaux est d'autant plus nécessaire que les pouvoirs des commissaires sont considérables et les occasions d'abus, faciles, nombreuses et souvent tentantes.

2) Une enquête publique sur une tragédie serait bien inutile si elle ne permettait pas d'en identifier les causes et

players for fear of harming reputations and because of the danger that certain findings of fact might be invoked in civil or criminal proceedings. It is almost inevitable that such an inquiry will tarnish reputations and raise questions in the public's mind concerning the responsibility borne by certain individuals. Section 13 of the Act expressly permits a commissioner to make findings of "misconduct", that is breach of a standard of conduct. To contend that a commissioner may not find that a person has breached a duty is to strip section 13 of any meaning and to muzzle a commissioner. What the appellants objected to was not disclosure of their names, but the wording of the allegations that might be made against them. It must be taken for granted that the Commissioner has no power to make findings of liability. The expression "findings of liability" is hallowed by practice and the case law. The appellants raised an argument, based upon a decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Nelles et al. and Grange et al.*, that the Commissioner may not express his opinion in terms that would give it the weight of a decision or determination of civil or criminal liability in the eyes of the public. They were, however, wrong to try to create a general principle of law out of comments that were not intended to be such, that were made in an entirely unique context and that, if taken literally, would to all intents and purposes paralyze the work of most commissions of inquiry. The test set out in *Nelles* and approved by the Supreme Court of Canada in *Starr v. Houlden* is not applicable to public inquiries that are not concerned with the commission of particular crimes. The Commissioner cannot state an opinion that one or another of the appellants is criminally or civilly liable for acts or omissions; nor can he get around this prohibition by using terms that, while less precise, would suggest that this essentially is his opinion. The more a commissioner uses terms that have hallowed legal meaning, the more he will expose himself to having his findings viewed by the courts, in the exercise of their supervisory power, as determinations of responsibility. Although the choice of certain expressions in the impugned notices and the imputation of intent based on mere knowledge of a fact, on their face, gave the impression of being allegations of liability, the Commissioner has not made allegations of misconduct in terms that amount to conclusions of law in respect of the appellants' civil or criminal liability. The Commissioner has not limited his jurisdiction by giving appellants assurances that he would make no findings as to their civil or criminal liability; rather, he described it as it was. The appellants were aware from the outset that the Commissioner would be getting to the bottom of things, but would refrain from determining civil or criminal liability on the part of anyone. The rules of procedure were laid down on the basis of this dual objective and they were followed throughout the Inquiry with no objection from the parties.

les acteurs, de crainte d'atteinte à la réputation et en raison du danger que certaines des conclusions de fait ne soient utilisées dans le cadre de poursuites civiles ou pénales. Il est presque inévitable qu'une telle enquête ternisse des réputations et soulève des interrogations dans le public relativement à la responsabilité de certaines personnes. L'article 13 de la Loi permet expressément à un commissaire de formuler des conclusions de «faute», c'est-à-dire de manquement à un critère de conduite. Soutenir qu'un commissaire ne peut conclure qu'une personne a manqué à un devoir, c'est enlever tout sens à l'article 13 et c'est bâillonner un commissaire. Ce n'est pas à la divulgation de leur nom que les appelants s'en prennent, c'est à la formulation des reproches qui leur seront peut-être faits. Il faut tenir pour acquis que le commissaire n'a pas le pouvoir de formuler des conclusions de responsabilité. L'expression «conclusions de responsabilité» est consacrée par la pratique et par la jurisprudence. Se fondant sur la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Nelles et al. and Grange et al.*, les appelants ont prétendu que le commissaire ne pouvait formuler son opinion en des termes qui, aux yeux du public, donneraient à l'opinion exprimée valeur de décision ou de détermination de la responsabilité civile ou criminelle. C'est à tort, cependant, que les appelants ont cherché à transformer en principe de droit général des propos qui n'avaient pas ce but, qui ont été prononcés dans un contexte on ne peut plus particulier et qui, pris à la lettre, paralyseraient à toutes fins utiles les travaux de la plupart des commissions d'enquête. Le test appliqué dans *Nelles* et sanctionné par la Cour suprême du Canada dans *Starr c. Houlden* n'est pas applicable à des enquêtes publiques qui ne visent pas la perpétration de crimes précis. Le commissaire ne peut pas se dire d'avis que l'un ou l'autre des appelants est criminellement ou civilement responsable de ses actes ou de ses omissions, ni contourner cette interdiction en employant des termes qui, sans être aussi précis, laisseraient entendre que tel est, au fond, son avis. Plus un commissaire emploiera des termes consacrés sur le plan juridique, plus il s'exposera à ce que ses conclusions soient considérées par les tribunaux exerçant leur pouvoir de surveillance comme des déterminations de responsabilité. Bien que le choix de certaines expressions dans les préavis attaqués et l'attribution d'intention à partir de la simple connaissance d'un fait aient à leur face même des relents de conclusions de responsabilité, le commissaire n'a pas formulé les allégations de faute en des termes qui équivalent à des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants. Le commissaire n'a pas limité sa compétence en donnant aux appelants des assurances qu'il ne tirerait pas de conclusion sur leur responsabilité civile ou criminelle; il l'a, bien au contraire, décrite telle qu'elle était. Les appelants ont su dès le départ que le commissaire irait au fond des choses, mais s'abstiendrait de déterminer la responsabilité civile ou criminelle de qui que ce soit. Les règles de procédure ont été définies en fonction de ce

3) Essentially, the appellants challenged the Commissioner's decision to wait until the end of the hearings before giving the notices required by section 13. The *Inquiries Act* does not impose any code of procedure. While a commissioner has all necessary latitude, the procedure he establishes must nonetheless respect the rules of procedural fairness, including those set out in sections 12 and 13 of the Act. A public inquiry under the *Inquiries Act* is not a trial, the report of a commissioner is not a judgment and his recommendations may not be enforced. Section 13 requires "reasonable notice", which means that notice must be given "in the course of an investigation" and before the report is made. There is no requirement that the notice be given to a person before he testifies. The Act gives a commissioner the power to give notices, and whenever a public inquiry is conducted, any person whose conduct may be connected, whether closely or otherwise, to the investigation must be aware that an allegation of misconduct would be made against him or her. Since the Commissioner enjoys considerable latitude, nothing would prevent him from waiting until the end of the hearings, when he has all the information required, to give notices, rather than taking a day to day approach to it, with the uncertainty and inconvenience that this might involve. It was not impossible for the appellants to respond adequately within the time allowed or within a longer time frame, which they did not really make any attempt to obtain.

The cases of Baxter Corporation and Craig A. Anhorn are particular. Baxter deliberately chose not to seek standing as a participant; it believed that its conduct would be of little interest to the Commission. It took a calculated risk and must bear the consequences. In its case, there was nothing that obliged the Commissioner to do anything other than what he did. As for Anhorn, Commission counsel knew, when they met with him in early September 1995 and when they formally questioned him about seven days later, that his conduct was likely to lead to allegations of misconduct being made against him. Because Anhorn was not a party to the Inquiry, he did not receive the memorandum sent to the parties by the Commission on October 26, 1995. Commission counsel had put him in the same basket as the parties or witnesses who were represented by Red Cross counsel. The work done by Commission counsel was so haphazard, as it related to Anhorn, that at least two of the allegations refer to incidents that allegedly occurred at the Red Cross months after he ceased to be employed there. Commission counsel did not forewarn him as to what the subject of his testimony would really be. In the circumstances, procedural fairness was not observed and the notice given to Anhorn should be quashed.

double objectif et elles ont été suivies tout au cours de l'enquête sans que les parties ne s'en plaignent.

3) Ce à quoi les appelants s'en prennent, essentiellement, c'est à la décision du commissaire d'attendre la fin des audiences avant de donner les préavis requis par l'article 13. La *Loi sur les enquêtes* n'impose aucun code de procédure. Il est acquis que si un commissaire dispose de toute la latitude voulue, la procédure qu'il établit doit néanmoins respecter les règles d'équité procédurale, dont celles prévues aux articles 12 et 13 de la Loi. Une enquête publique en vertu de la *Loi sur les enquêtes* n'est pas un procès, le rapport d'un commissaire n'est pas un jugement et ses recommandations ne sont pas exécutoires. L'article 13 exige un «préavis suffisant», ce qui signifie qu'un préavis doit être donné «au cours de l'enquête» et avant la présentation du rapport. Il n'est exigé nulle part que le préavis soit donné à une personne avant qu'elle ne témoigne. La Loi confère au commissaire le pouvoir de donner des préavis et dès lors qu'une enquête publique est menée en vertu de la Loi, toute personne dont la conduite peut être reliée de près ou de loin à l'enquête doit savoir qu'il est possible qu'une allégation de faute soit portée contre elle. Étant donné que le commissaire bénéficie d'une latitude considérable, rien ne s'oppose à ce qu'il attende la fin des audiences, au moment où il dispose de toutes les informations dont il a besoin, avant de donner des préavis, au lieu d'y aller au jour le jour avec les incertitudes et les inconvénients que cela peut comporter. Les appelants n'étaient pas dans l'impossibilité de répondre adéquatement à l'intérieur du délai prescrit ou d'un délai plus long, qu'ils n'ont pas véritablement cherché à obtenir.

Les cas de Baxter Corporation et de Craig A. Anhorn diffèrent des autres cas. Baxter a choisi délibérément de ne pas demander le statut de participante; elle croyait que sa conduite serait de peu d'intérêt pour la Commission. Elle a couru un risque calculé et doit en assumer les conséquences. Dans son cas, rien n'obligeait le commissaire à faire autrement qu'il a fait. En ce qui concerne Anhorn, les avocats du commissaire savaient, au moment où ils l'ont rencontré au début de septembre 1995 et lorsqu'ils l'ont interrogé formellement quelque sept jours plus tard, que sa conduite était susceptible de mener à la formulation d'allégations de faute à son égard. Comme Anhorn n'était pas partie à l'enquête, il n'a pas reçu la note envoyée aux parties par la Commission, le 26 octobre 1995. Les avocats du commissaire l'ont mis dans le même panier que les parties ou témoins représentés par les avocats de la Croix-Rouge. Le travail des avocats du commissaire a été à ce point bâclé, en ce qui a trait à Anhorn, qu'au moins deux des allégations renvoyaient à des incidents qui se seraient produits à la Croix-Rouge des mois après qu'il eût cessé d'être à l'emploi de celle-ci. Les avocats de la Commission n'ont pas prévenu Anhorn de ce sur quoi porterait véritablement son témoignage. Dans ces circonstances, les règles de l'équité procédurale ont été violées et le préavis donné à Anhorn devrait être annulé.

The Court was asked to prohibit Commission counsel from participating in the preparation of the final report, first because the latter contributed to the preparation of the notices and thereby took a position against the appellants, and second because there was a risk that the Commissioner might base certain findings in his report on evidence that is not in the record. With respect to the first argument, the notices stated no finding by the Commissioner or his counsel and could not be said, at this stage, to disclose any bias on their part. The second argument was premature in that the Commissioner had not made a final decision as to the role, if any, he intended to assign to his counsel in the preparation of the final report. A final report is not a decision and the case law that may have developed in relation to decisions made by administrative tribunals, particularly in disciplinary matters, does not apply. What is important is that the findings the Commissioner makes in his report be his own. If, in order to make those findings, he considers it advisable to seek the assistance of one or more of his counsel, in relation to questions of fact, evidence and law, he must have broad latitude to do so.

Il a été demandé à la Cour d'interdire aux avocats de la Commission de participer à la rédaction du rapport final, car dans un premier temps, ces derniers ont contribué à la préparation des préavis et ont ainsi pris position contre les appelants et, dans un second temps, il y avait danger que le commissaire fonde certaines conclusions de son rapport sur des éléments de preuve qui ne sont pas au dossier. En ce qui a trait au premier argument, les préavis n'expriment aucune conclusion du commissaire ou de ses procureurs et ne sauraient révéler à ce stade quelque parti pris que ce soit de leur part. Le second argument est prématuré car le commissaire n'a pas pris de décision quant au rôle, s'il en est, qu'il entend confier à ses avocats dans la rédaction du rapport final. Un rapport final n'est pas une décision et la jurisprudence qui a pu se développer relativement aux décisions prises par des tribunaux administratifs, notamment en matière disciplinaire, n'est pas applicable. Ce qui importe, c'est que les conclusions que le commissaire tirera dans son rapport soient les siennes. S'il juge opportun, pour y parvenir, de demander l'aide d'un ou de plusieurs de ses avocats relativement à des questions de fait, de preuve et de droit, il doit disposer d'une grande marge de manœuvre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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. 96.
Coroners Act, S.Q. 1966-67, c. 19.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1203(3) (as am. by SOR/79-57, s. 20).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al., [1982] 2 S.C.R. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; 4 Admin. L.R. 205; 7 C.C.C. (3d) 385; 37 C.R. (3d) 289; 51 N.R. 81; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 141 N.S.R. (2d) 1; 124 D.L.R. (4th) 129; 403 A.P.R. 1; 98 C.C.C. (3d) 20; 39 C.R. (4th) 141; 28 C.R.R. (2d) 1; 180 N.R. 1; *Howe v. Institute of Char-*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121.
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. 96.
Loi des coroners, L.Q. 1966-67, ch. 19.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1203(3) (mod. par DORS/79-57, art. 20).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre, [1982] 2 R.C.S. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; 4 Admin. L.R. 205; 7 C.C.C. (3d) 385; 37 C.R. (3d) 289; 51 N.R. 81; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 141 N.S.R. (2d) 1; 124 D.L.R. (4th) 129; 403 A.P.R. 1; 98 C.C.C. (3d) 20; 39 C.R. (4th) 141; 28 C.R.R. (2d) 1; 180 N.R. 1; *Howe v. Institute of Char-*

tered Accountants of Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 74 O.A.C. 26 (C.A.).

CONSIDERED:

Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre), [1996] N.B.J. No. 272 (Q.B.) (QL); *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210; 9 D.L.R. (4th) 79; 42 C.P.C. 109; 3 O.A.C. 40 (C.A.); *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; (1990), 68 D.L.R. (4th) 641; 55 C.C.C. (3d) 472; 110 N.R. 81; 41 O.A.C. 161; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; (1987), 45 D.L.R. (4th) 527; [1988] 1 W.W.R. 216; 19 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.C. (3d) 233; 80 N.R. 127; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; (1975), 65 D.L.R. (3d) 423; 37 C.C.C. (2d) 717; 32 C.R. (N.S.) 3; 6 N.R. 1; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)* (1996), 30 O.R. (3d) 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Gage v. Ontario (Attorney-General) (1992), 90 D.L.R. (4th) 537; 55 O.A.C. 47 (Ont. Div. Ct.); *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181; 62 D.L.R. (4th) 512; 252 A.P.R. 181; 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.); *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (1996), 28 O.R. (3d) 460; 134 D.L.R. (4th) 300; 67 C.P.R. (3d) 48 (Gen. Div.); *Braaten v. Sargent and Attorney-General for British Columbia* (1967), 61 D.L.R. (2d) 678; 59 W.W.R. 531 (B.C.S.C.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.); *Bovbel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 563; (1994), 113 D.L.R. (4th) 415; 18 Admin. L.R. (2d) 169; 167 N.R. 10 (C.A.); *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.); *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1977), 15 O.R. (2d) 447; 76 D.L.R. (3d) 38; 1 L.M.Q. 56 (Div. Ct.); *Adair v. Ontario (Health Disciplines Board)* (1993), 15 O.R. (3d) 705; 67 O.A.C. 202 (Div. Ct.).

AUTHORS CITED

Anthony, Russell J. and Alastair R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto: Butterworths, 1985.

tered Accountants of Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 483; 118 D.L.R. (4th) 129; 74 O.A.C. 26 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre), [1996] N.B.J. N° 272 (B.R.) (QL); *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210; 9 D.L.R. (4th) 79; 42 C.P.C. 109; 3 O.A.C. 40 (C.A.); *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; (1990), 68 D.L.R. (4th) 641; 55 C.C.C. (3d) 472; 110 N.R. 81; 41 O.A.C. 161; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; (1987), 45 D.L.R. (4th) 527; [1988] 1 W.W.R. 216; 19 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.C. (3d) 233; 80 N.R. 127; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; (1975), 65 D.L.R. (3d) 423; 37 C.C.C. (2d) 717; 32 C.R. (N.S.) 3; 6 N.R. 1; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)* (1996), 30 O.R. (3d) 1 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Gage v. Ontario (Attorney-General) (1992), 90 D.L.R. (4th) 537; 55 O.A.C. 47 (C. div. de l'Ont.); *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181; 62 D.L.R. (4th) 512; 252 A.P.R. 181; 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.); *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (1996), 28 O.R. (3d) 460; 134 D.L.R. (4th) 300; 67 C.P.R. (3d) 48 (Div. gén.); *Braaten v. Sargent and Attorney-General for British Columbia* (1967), 61 D.L.R. (2d) 678; 59 W.W.R. 531 (C.S.C.-B.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.); *Bovbel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 563; (1994), 113 D.L.R. (4th) 415; 18 Admin. L.R. (2d) 169; 167 N.R. 10 (C.A.); *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.); *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1977), 15 O.R. (2d) 447; 76 D.L.R. (3d) 38; 1 L.M.Q. 56 (C. div.); *Adair v. Ontario (Health Disciplines Board)* (1993), 15 O.R. (3d) 705; 67 O.A.C. 202 (C. div.).

DOCTRINE

Anthony, Russell J. and Alastair R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto: Butterworths, 1985.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. *Tragedy and Challenge: Canada's Blood System and HIV*, May 1993 (Chair.: Stanley Wilbee).

De Smith, S. A. *et al. Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995.

Krindle, Ruth and Ross Nugent. "Public Interest v. Private Rights: Striking the Balance in Administrative Law" in *Isaac Pitblado Lectures*. University of Manitoba, Faculty of Law: Winnipeg, 1990.

APPEAL and CROSS-APPEALS from Trial Division decision ([1996] 3 F.C. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449; 37 Admin. L.R. (2d) 260) dismissing applications for judicial review of notices delivered under section 13 of the *Inquiries Act*. Appeal dismissed, cross-appeals allowed in part.

COUNSEL:

Earl A. Cherniak, Q.C. and *Kirk F. Stevens* for appellants.

Stephen T. Goudge, Q.C., *Richard P. Stephenson* and *Monica J. E. McCauley* for cross-appellant Connaught Laboratories Limited. *Philip Spencer, Q.C.* and *Tim Farrell* for cross-appellant Baxter Corporation.

Randal T. Hughes, Tracey N. Patel and *Chris D. Woodbury* for cross-appellant Bayer Inc.

Douglas G. Garbig for cross-appellant Craig Anhorn.

John C. Murray, Angus T. McKinnon, Michele J. Lawford and *Melanie Sopinka* for respondent. *Bonnie A. Tough* for intervenor Canadian Hemophilia Society.

R. Douglas Elliott and *Patricia A. M. Lefebour* for Canadian AIDS Society.

Philip S. Tinkler for intervenor Hepatitis C Survivors' Society.

Dawna J. Ring for intervenor Janet Connors (Infected Spouses and Children Association).

Lori A. Stoltz and *Allan D. J. Dick* for intervenor HIV-T Group (Blood Transfused).

Pierre R. Lavigne for intervenor The Hepatitis C Group.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH*, mai 1993 (Présidence: Stanley Wilbee).

De Smith, S. A. *et al. Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995.

Krindle, Ruth and Ross Nugent. «Public Interest v. Private Rights: Striking the Balance in Administrative Law» in *Isaac Pitblado Lectures*. University of Manitoba, Faculty of Law: Winnipeg, 1990.

APPEL et APPELS INCIDENTS d'un jugement de la Section de première instance ([1996] 3 C.F. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449; 37 Admin. L.R. (2d) 260) rejetant les demandes de contrôle judiciaire de préavis envoyés en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Appel rejeté, appels incidents accueillis en partie.

AVOCATS:

Earl A. Cherniak, c.r. et *Kirk F. Stevens* pour les appelants.

Stephen T. Goudge, c.r., *Richard P. Stephenson* et *Monica J. E. McCauley* pour la contre-appelante, Connaught Laboratories Limited. *Philip Spencer, c.r.* et *Tim Farrell* pour la contre-appelante, Baxter Corporation.

Randal T. Hughes, Tracey N. Patel et *Chris D. Woodbury* pour la contre-appelante, Bayer Inc.

Douglas G. Garbig pour le contre-appellant, Craig Anhorn.

John C. Murray, Angus T. McKinnon, Michele J. Lawford et *Melanie Sopinka* pour l'intimé. *Bonnie A. Tough* pour l'intervenante, la Canadian Hemophilia Society.

R. Douglas Elliott et *Patricia A. M. Lefebour* pour la Canadian AIDS Society.

Philip S. Tinkler pour l'intervenante, la Hepatitis C Survivors' Society.

Dawna J. Ring pour l'intervenante, Janet Connors (Infected Spouses and Children Association).

Lori A. Stoltz et *Allan D. J. Dick* pour l'intervenant, HIV-T Group (Blood Transfused).

Pierre R. Lavigne pour l'intervenant, le Groupe de l'hépatite C.

William A. Selnes for intervenor Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

Paul C. Nesselth for intervenor Gignac, Sutts Group.

David G. Harvey for intervenor Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

No one appeared for Jean-Daniel Couture and Guy-Henri Godin.

SOLICITORS:

Lerner & Associates, Toronto, for appellants.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for cross-appellant Connaught Laboratories Limited.

Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto, for cross-appellant Baxter Corporation.

Fraser & Beatty, Toronto, for cross-appellant Bayer Inc.

Roebuck, Garbig, Toronto, for cross-appellant Craig Anhorn.

Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto, for respondent.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for intervenor Canadian Hemophilia Society.

Elliott, Rodrigues, Toronto, for intervenor Canadian AIDS Society.

Tinkler, Morris, Toronto, for intervenor Hepatitis C Survivors' Society.

Buchan, Derrick & Ring, Halifax, for intervenor Janet Connors (Infected Spouses and Children Association).

Goodman and Carr, Toronto, for intervenor HIV-T Group (Blood Transfused).

Pierre R. Lavigne, Ottawa, for intervenor The Hepatitis C Group.

Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort, Saskatchewan, for intervenor Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

Gignac, Sutts, Windsor, for intervenor Gignac, Sutts Group.

David G. Harvey, Burlington, Ontario, for intervenor Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

William A. Selnes pour l'intervenante, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

Paul C. Nesselth pour l'intervenant, Gignac, Sutts Group.

David G. Harvey pour l'intervenante, Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

Personne n'a comparu pour le compte de Jean-Daniel Couture et Guy-Henri Godin.

PROCUREURS:

Lerner & Associates, Toronto, pour les appelants.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour la contre-appelante, Connaught Laboratories Limited.

Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto, pour la contre-appelante, Baxter Corporation.

Fraser & Beatty, Toronto, pour la contre-appelante, Bayer Inc.

Roebuck, Garbig, Toronto, pour le contre-appelant, Craig Anhorn.

Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto, pour l'intimé.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour l'intervenante, la Canadian Hemophilia Society.

Elliott, Rodrigues, Toronto, pour l'intervenante, la Canadian AIDS Society.

Tinkler, Morris, Toronto, pour l'intervenante, la Hepatitis C Survivors' Society.

Buchan, Derrick & Ring, Halifax, pour l'intervenante, Janet Connors (Infected Spouses and Children Association).

Goodman and Carr, Toronto, pour l'intervenant, HIV-T Group (Blood Transfused).

Pierre R. Lavigne, Ottawa, pour l'intervenant, le Groupe de l'hépatite C.

Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort (Saskatchewan), pour l'intervenante, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

Gignac, Sutts, Windsor, pour l'intervenant, Gignac, Sutts Group.

David G. Harvey, Burlington (Ontario), pour l'intervenante Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

Marchand, Magnan, Melançon, Forget, Montréal, for intervenors Jean-Daniel Couture and Guy-Henri Godin.

Marchand, Magnan, Melançon, Forget, Montréal, pour les intervenants, Jean-Daniel Couture et Guy-Henri Godin.

This is the English version of the reasons for judgment rendered by

Voici les motifs du jugement rendu en français par

DÉCARY J.A.:

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.:

The facts

Les faits

1 On October 4, 1993, the Government of Canada appointed the Honourable Horace Krever, a judge of the Ontario Court of Appeal (hereinafter referred to as the Commissioner), to review and report on the blood system in Canada. The terms of his commission, which was issued under Part I of the *Inquiries Act*¹ (the Act), were as follows:

1 Le 4 octobre 1993, le gouvernement du Canada confiait à un juge de la Cour d'appel de l'Ontario, l'honorable Horace Krever (ci-après le commissaire) le mandat de faire enquête et rapport sur le système canadien d'approvisionnement en sang. Les termes de ce mandat émis en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*¹ (la Loi) étaient les suivants:

P.C. 1993-1879

C.P. 1993-1879

Certified to be a true copy of a Minute of a Meeting of the Committee of the Privy Council, approved by His Excellency the Governor General on the 4th day of October, 1993.

Copie certifiée conforme au procès-verbal d'une réunion du Comité du Conseil privé, approuvé par Son Excellence le Gouverneur général le 4 octobre 1993.

The Committee of the Privy Council, on the recommendation of the Prime Minister, advise that a Commission do issue under Part I of the *Inquiries Act* and under the Great Seal of Canada appointing the Honourable Horace Krever, a Judge of the Ontario Court of Appeal, to be a Commissioner to review and report on the mandate, organization, management, operations, financing and regulation of all activities of the blood system in Canada, including the events surrounding the contamination of the blood system in Canada in the early 1980s, by examining, without limiting the generality of the inquiry,

Sur recommandation de la Première ministre, le Comité du Conseil privé recommande que soit émise, en vertu de la Partie I de la Loi sur les enquêtes, une commission revêtue du Grand Sceau du Canada portant nomination de l'honorable Horace Krever, un juge de la Cour d'appel de l'Ontario, à titre de commissaire chargé de faire enquête et rapport sur le mandat, l'organisation, la gestion, les opérations, le financement et la réglementation de toutes les activités du système canadien d'approvisionnement en sang, y compris les événements entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980, en examinant, sans limiter la portée générale de l'enquête,

- the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada;
- the roles, views, and ideas of relevant interest groups; and
- the structures and experiences of other countries, especially those with comparable federal systems.

- l'organisation et l'efficacité des systèmes actuels et antérieurs d'approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada;
- les rôles, opinions et idées des groupes d'intérêts concernés; et
- les structures et expériences d'autres pays, particulièrement ceux qui ont des systèmes fédéraux comparables.

The Committee do further advise that

Le Comité recommande en outre:

1. pursuant to section 56 of the Judges Act, the Honourable Horace Krever be authorized to act as a Commissioner on the inquiry;
 2. the Commissioner be authorized to adopt such procedures and methods as he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry and to sit at such times and in such places in Canada as he may decide;
 3. the Commissioner be authorized to rent such space and facilities as may be required for the purposes of the inquiry, in accordance with Treasury Board policies;
 4. the Commissioner be authorized to engage the services of such experts and other persons as are referred to in section 11 of the Inquiries Act at such rates of remuneration and reimbursement as may be approved by the Treasury Board;
 5. the Commissioner be directed to advise the Governor in Council by November 30, 1993 as to whether, in the opinion of the Commissioner, it is necessary in order to achieve the objectives of the inquiry to provide assistance with respect to the intervenor costs of any of the parties that may appear before the Inquiry, the extent of assistance where such assistance would, in the opinion of the Commissioner, be in the public interest, bearing in mind the fiscal restraints programme of the Government, and how such funding should be administered;
 6. The Commissioner be directed to submit an interim report in both official languages to the Governor in Council no later than May 31, 1994 on the safety of the blood system, with appropriate recommendations on actions which might be taken to address any current shortcomings;
 7. the Commissioner be directed to submit a final report in both official languages to the Governor in Council no later than September 30, 1994 with recommendations on an efficient and effective blood system in Canada for the future including:
 - its managerial, financial, and legal principles as well as the medical and scientific aspects;
 - the appropriate roles and responsibilities of the provincial/territorial and federal governments, the Canadian Red Cross Society, and other relevant organizations;
 - the contractual and other relationship which should exist amongst the governments and organizations involved in the system;
1. que, en vertu de l'article 56 de la Loi sur les juges, l'honorable Horace Krever soit autorisé à agir à titre de commissaire aux fins de l'enquête;
 2. que le Commissaire soit autorisé à adopter les méthodes et procédures qui lui apparaîtront les plus indiquées pour la conduite de l'enquête et à siéger aux moments et aux endroits qu'il jugera opportuns;
 3. que le Commissaire soit autorisé à louer les locaux et les installations que nécessite l'enquête, conformément aux politiques du Conseil du Trésor;
 4. que le Commissaire soit autorisé à recourir, comme le prévoit l'article 11 de la Loi sur les enquêtes, aux services d'experts et d'autres personnes qui seront rémunérés et remboursés selon les taux approuvés par le Conseil du Trésor;
 5. que le Commissaire reçoive instruction de faire savoir au gouverneur en conseil, d'ici au 30 novembre 1993, s'il juge nécessaire, pour atteindre les objectifs de l'enquête, de fournir une aide financière à des intervenants pour les dédommager des frais qu'ils devront engager pour témoigner à l'enquête et, si tel est le cas, de l'informer de l'étendue de l'aide à accorder à cette fin, quand, à son avis, elle servirait l'intérêt public, compte tenu du programme de restrictions financières du gouvernement, ainsi que de la manière dont elle serait administrée;
 6. que le Commissaire reçoive instruction de présenter au gouverneur en conseil, au plus tard le 31 mai 1994, un rapport provisoire dans les deux langues officielles sur la sécurité du système d'approvisionnement en sang, en l'accompagnant de recommandations pertinentes quant aux mesures pouvant être prises pour corriger toute lacune actuelle du système;
 7. que le Commissaire reçoive instruction de présenter au gouverneur en conseil, au plus tard le 30 septembre 1994, un rapport final dans les deux langues officielles contenant des recommandations quant aux mesures à prendre pour assurer l'efficacité et l'efficience futures du système d'approvisionnement en sang au Canada et traitant notamment:
 - des principes financiers, juridiques et de gestion qui le gouvernement, ainsi que de ses aspects médicaux et scientifiques;
 - des rôles et responsabilités qu'il convient qu'aient à son égard les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, la Société canadienne de la Croix-Rouge et d'autres organisations concernées;
 - des relations contractuelles et autres qui devraient exister entre les gouvernements et les organisations qui interviennent dans le système;

- resource implications, including current allocations;
 - powers that are appropriate to recommendations concerning responsibilities and authorities; and
 - actions required to implement these recommendations; and
- des implications en matière de ressources, y compris en ce qui touche les affectations actuelles;
 - des pouvoirs correspondant aux recommandations faites concernant les responsabilités et les attributions; et
 - des mesures à prendre pour donner suite à ces recommandations; et

8. the Commissioner be directed to file the papers and records of the inquiry with the Clerk of the Privy Council as soon as reasonably may be after the conclusion of the inquiry.

8. que le Commissaire reçoive instruction de remettre les dossiers et documents de l'enquête au greffier du Conseil privé dès qu'il sera raisonnablement possible de le faire après la fin de l'enquête.

2 On October 27, 1993, Mr. Justice Krever received his commission "to be a Commissioner under the Inquiries Act, on the safety of the blood system in Canada".

2 Le 27 octobre 1993, le juge Krever recevait sa commission «à titre de commissaire, en vertu de la partie I de la Loi sur les enquêtes, sur la sécurité du système canadien d'approvisionnement du sang».

3 On December 10 and 15, 1993, and April 6, 1994, the governments of Prince Edward Island, Ontario and Saskatchewan in turn followed suit and assigned a similar mandate to Mr. Justice Krever. I would note in passing two of the recitals set out in the Prince Edward Island Order in Council:

3 Les 10 et 15 décembre 1993 et le 6 avril 1994, les gouvernements des provinces de l'Île-du-Prince-Édouard, de l'Ontario et de la Saskatchewan emboîtaient tour à tour le pas et confiaient un mandat analogue au juge Krever. Je note au passage ces deux considérants qui se trouvent dans le décret de l'Île-du-Prince-Édouard:

AND WHEREAS concerns have been expressed that some non-governmental agencies or third parties may attempt to limit the scope of the inquiry or impede its investigation by challenging the jurisdiction of a federally created inquiry to review and report on matters falling within provincial jurisdiction.

[TRADUCTION] ET CONSIDÉRANT QUE des inquiétudes ont été manifestées suivant lesquelles certains organismes non gouvernementaux ou certains tiers peuvent tenter de limiter la portée de l'enquête ou entraver ses recherches en contestant la compétence d'une commission créée par le gouvernement fédéral pour faire enquête et rapport sur des questions relevant de la compétence provinciale;

AND WHEREAS the possible frustration of the objectives of the Inquiry is contrary to [the] public interest of this Province. [A.B., Vol. 35, at p. 6942.]

ET CONSIDÉRANT QUE la neutralisation possible des objectifs de la Commission d'enquête est contraire à l'intérêt public de cette province. [D.A., vol. 35, à la p. 6942.]

4 The Commission held public hearings throughout Canada between November 22, 1993, and December 21, 1995. An interim report was released on February 24, 1995, pursuant to section 6 of the terms of reference. The final report for which section 7 provides is being prepared. The Commissioner's mandate has been extended to April 30, 1997.

4 La Commission a tenu des audiences publiques dans tout le Canada entre le 22 novembre 1993 et le 21 décembre 1995. Un rapport provisoire a été rendu public, conformément à l'article 6 du mandat, le 24 février 1995. Le rapport final prévu par l'article 7 est en voie de préparation. Le Commissaire a vu son mandat prolonger au 30 avril 1997.

5 On October 26, 1995, Commission counsel delivered a memorandum to all parties inviting them to inform the Commission, by November 10, 1995, at the latest, of the detailed findings of misconduct that they intended to urge on the Commission in

5 Le 26 octobre 1995, les avocats de la Commission ont envoyé à toutes les parties une note les invitant à indiquer au commissaire, au plus tard le 10 novembre 1995, les conclusions détaillées de faute qu'elles souhaiteraient que le commissaire tire à l'endroit

respect of other persons, "to be considered for inclusion in any notices that may be issued by the Commissioner". It was then agreed that the submissions received by the Commission would be read only by Commission counsel, would not be disclosed to the other parties or to the persons against whom it was proposed that findings of misconduct be made and would remain confidential unless the persons who made the submissions made them public at a subsequent hearing of the Commission.

6 On December 21, 1995, which was the final day on which hearings were to be held, Commission counsel delivered forty-five notices under section 13 of the *Inquiries Act* naming ninety-five individuals, corporations or governments.

7 The notices read as follows:

TAKE NOTICE that the Commissioner may make the following findings that may amount to misconduct^[2] within the meaning of the *Inquiries Act*

. . .

AND TAKE NOTICE that you are entitled to be heard in person or through counsel to address these potential findings

Depending on the case, the notice contained from one to one hundred allegations of misconduct.

8 It would be useful to reproduce the relevant provisions of the Act at this point:

PART I
PUBLIC INQUIRIES

2. The Governor in Council may, whenever the Governor in Council deems it expedient, cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof.

. . .

PART II
DEPARTMENTAL INVESTIGATIONS

6. The minister presiding over any department of the Public Service may appoint, under the authority of the

d'autres personnes, «en vue de leur inclusion possible dans les préavis que pourrait adresser le Commissaire». Il fut par la suite convenu que les observations ainsi reçues par la Commission ne seraient lues que par les avocats du commissaire, ne seraient pas transmises aux autres parties non plus qu'aux personnes à l'égard desquelles des allégations de faute étaient proposées et demeurerait confidentielles à moins que leurs auteurs ne les rendent publiques lors d'une éventuelle audience de la Commission.

6 Le 21 décembre 1995, qui était le dernier jour prévu pour la tenue d'audiences, les avocats de la Commission envoyaient quarante-cinq préavis, en application de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, dans lesquels quatre-vingt-quinze individus, personnes morales ou gouvernements étaient nommément désignés.

7 Ces préavis se lisaient comme suit:

SACHEZ que le Commissaire peut formuler les conclusions suivantes, lesquelles peuvent équivaloir à une conclusion d'inconduite^[2] au sens de la *Loi sur les enquêtes*.

. . .

ET SACHEZ que vous avez le droit d'être entendu, en personne ou par l'entremise d'un avocat, sur ces conclusions potentielles

Les préavis contenaient, selon le cas, entre une et une centaine d'allégations de faute.

8 Il sera utile de reproduire dès maintenant les dispositions pertinentes de cette Loi:

PARTIE I
ENQUÊTES PUBLIQUES

2. Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada et la gestion des affaires publiques.

. . .

PARTIE II
ENQUÊTES MINISTÉRIELLES

6. Le ministre chargé d'un ministère fédéral peut, avec l'autorisation du gouverneur en conseil, nommer un ou

Governor in Council, a commissioner or commissioners to investigate and report on the state and management of the business, or any part of the business, of the department, either in the inside or outside service thereof, and the conduct of any person in that service, so far as the same relates to the official duties of the person.

...
PART III
GENERAL
...

12. The commissioners may allow any person whose conduct is being investigated under this Act, and shall allow any person against whom any charge is made in the course of an investigation, to be represented by counsel.

13. No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.

9 A number of those who had received the notices then brought applications for judicial review. They argued, first, that the Commissioner did not have the power to state the conclusions of law in relation to their civil or criminal liability that were, in their view, set out in the impugned notices. Second, they argued that if the Commissioner had such power, he was precluded from exercising it by virtue of the assurances he had given to the effect that he would not exercise it, and on the basis of which the parties had agreed to a procedure for the conduct of the inquiry to which they would not otherwise have agreed. Third, they argued that delivering the notices at the very end of the hearings violated the rules of procedural fairness. The Red Cross also contended that Commission counsel should not participate in the preparation of the final report since they had assisted in preparing the notices and had thereby taken a position against the appellants, and they had had knowledge of confidential submissions that were not brought to the attention of all the parties and persons concerned.

plusieurs commissaires pour faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires de son ministère, dans son service interne ou externe, et sur la conduite, en ce qui a trait à ses fonctions officielles, de toute personne y travaillant.

...
PARTIE III
DISPOSITIONS GÉNÉRALES
...

12. Les commissaires peuvent autoriser la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête dans le cadre de la présente loi à se faire représenter par un avocat. Si, au cours de l'enquête, une accusation est portée contre cette personne, le recours à un avocat devient un droit pour celle-ci.

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

Plusieurs récipiendaires des préavis ont alors présenté des demandes de contrôle judiciaire. Ils soutenaient, dans un premier temps, que le commissaire n'avait pas le pouvoir de formuler les conclusions de droit relatives à leur responsabilité civile ou criminelle que contiennent, selon eux, les préavis attaqués. Ils soutenaient, dans un second temps, que si le commissaire avait ce pouvoir, il était forcé de l'exercer en raison des assurances qu'il avait données à l'effet qu'il ne l'exercerait pas et qui avaient amené les parties à accepter un mode de déroulement de l'enquête qu'elles n'eussent pas autrement accepté. Ils soutenaient, dans un troisième temps, que l'envoi des préavis à la toute fin des audiences violait les règles d'équité procédurale. La Croix-Rouge prétendait également que les avocats de la Commission ne devraient pas participer à la rédaction du rapport final puisqu'ils avaient contribué à la préparation des préavis et ainsi pris position contre les appelants et qu'ils avaient pris connaissance d'observations confidentielles qui n'avaient pas été portées à la connaissance de toutes les parties et personnes concernées.

10 On June 27, 1996, Mr. Justice Richard dismissed the applications for judicial review.³ Essentially, he

Le 27 juin 1996, monsieur le juge Richard rejetait les demandes de contrôle judiciaire³. Il concluait, 10

found that the Commissioner had jurisdiction to send the notices; that the challenge was premature, since the applicants had an opportunity to respond to the allegations of misconduct and could, if necessary, seek to have the findings made in the final report set aside; and that the applicants had been accorded all procedural safeguards during the hearings. He also concluded that it was premature to rule on the question of the participation of Commission counsel in the preparation of the final report.

11 Twelve of the individual applicants, as well as the Canadian Red Cross Society (Red Cross), Connaught Laboratories Limited (Connaught), Bayer Inc. (Bayer) and Baxter Corporation (Baxter), appealed the order made by Mr. Justice Richard. For reasons having to do with the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], and specifically subsection 1203(3) [as am. by SOR/79-57, s. 20], the first to file their notices of appeal (the Red Cross and eleven of its employees or directors, collectively referred to as the Red Cross) alone have standing as appellants; the others—Connaught, Bayer, Baxter and Craig A. Anhorn (Anhorn) (a former Red Cross employee who chose to act independently)—are deemed to have filed a cross-appeal. For the purposes of these reasons, I shall consider them collectively as the appellants; this does not mean that I will be unable to consider their individual situations or specific arguments when the time comes.

12 On the appeal, the appellants presented virtually the same arguments as were made before Mr. Justice Richard.

13 It should be noted at the outset that the appellants have not attacked the legality or validity of either the *Inquiries Act* or the Order in Council establishing the terms of the mandate. Accordingly, I take it to be common ground that the objectives adopted, first, by the Governor in Council, and second, by the Commissioner, are valid and are connected “with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof” within the meaning of section 2 of the Act.

essentiellement, que le commissaire avait compétence pour envoyer des préavis; que l’attaque était prématurée, les requérants ayant l’opportunité de répondre aux allégations de faute et pouvant, le cas échéant, demander l’annulation des conclusions tirées dans le rapport final; et que toutes les sauvegardes procédurales avaient été données aux requérants au cours des audiences. Il concluait aussi qu’il était prématuré de se prononcer sur la question de la participation des avocats de la Commission à la rédaction du rapport final.

11 Douze des individus désignés, ainsi que la Société canadienne de la Croix-Rouge (Croix-Rouge), Connaught Laboratories Limited (Connaught), Bayer Inc. (Bayer) et Baxter Corporation (Baxter) en ont appelé de l’ordonnance du juge Richard. Pour des raisons propres aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], en l’espèce le paragraphe 1203(3) [mod. par DORS/79-57, art. 20], les premiers à déposer leur avis d’appel (la Croix-Rouge et onze de ses employés ou administrateurs, désignés collectivement comme la Croix-Rouge) ont seuls qualité d’appellants; les autres, soit Connaught, Bayer, Baxter et M. Craig A. Anhorn (Anhorn) (un ancien employé de la Croix-Rouge qui a choisi d’agir de façon autonome), sont réputés avoir déposé un appel incident. Pour les fins des présents motifs, je les considérerai collectivement comme les appelants, ce qui ne m’empêchera pas, le moment venu, d’examiner leur situation particulière ou leurs arguments propres.

12 Les appelants ont soulevé en appel à peu près les mêmes arguments que ceux qu’ils avaient soulevés devant le juge Richard.

13 Il y a lieu de noter au départ que les appelants n’ont attaqué la légalité ou la validité ni de la *Loi sur les enquêtes*, ni de l’arrêté en conseil qui établissait les termes du mandat. Je tiens en conséquence pour acquis que les objectifs poursuivis par le gouverneur en conseil d’abord, par le commissaire ensuite, sont valides et touchent «le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques» au sens de l’article 2 de la Loi.

- 14 It must also be noted that the appellants are not seeking to put an end to the inquiry or to prevent the Commissioner from releasing his final report when the time comes. It is not the power of the Commissioner to deliver the notices that they are challenging, but rather his power to deliver notices that were worded and given in the manner adopted by the Commissioner in this instance. The Commissioner's power to find misconduct on the part of a person in his final report, without determining civil or criminal liability, is not questioned, provided, of course, that the person received reasonable notice.
- 15 It is also important to point out that this appeal relates to the powers of a commissioner appointed under Part I of the Act. My analysis would perhaps be different in the context of a departmental inquiry made under Part II with respect to the conduct of a public official.
- 16 Lastly, before getting to the heart of the matter, I shall dispose of an argument made by one of the intervenors out of desperation: that the Federal Court does not have jurisdiction to dispose of an application for judicial review of a decision of the Commissioner, by virtue of the fact that he is a judge appointed by the federal government under section 96 of the *Constitution Act, 1867*⁴ and thereby falls outside the definition of "federal board, commission or other tribunal" in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*.⁵
- 17 This argument does not stand up under scrutiny. Mr. Krever is not named commissioner in his capacity as a judge; the words "a judge" in the Order in Council are intended to identify, and not to characterize. The argument would have had greater weight if the Order in Council had used the words "as a judge", or "in his capacity as a judge" ("*en tant que juge*", for example, in the French version). This question was decided by the Supreme Court of Canada in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.*,⁶ in which Mr. Justice Dickson, as he then was, concluded that a judge is not sitting as a judge when he is exercising an "exceptional jurisdiction unrelated to his ordinary capa-
- Il faut préciser, aussi, que les appelants ne cherchent pas à mettre un terme à l'enquête ni à empêcher le commissaire de publier éventuellement son rapport final. Ce n'est pas le pouvoir du commissaire d'envoyer des préavis qu'ils remettent en question, mais son pouvoir d'envoyer des préavis formulés et donnés de la manière retenue par le commissaire en l'espèce. Le pouvoir du commissaire de conclure, dans son rapport final, à la faute d'une personne sans détermination de responsabilité civile ou criminelle, n'est pas remis en question, sous réserve, évidemment, de la réception par cette personne d'un préavis suffisant.
- Il importe de souligner, de plus, que cet appel porte sur les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la Loi. Mon analyse serait peut-être différente dans le contexte d'une enquête ministérielle menée en vertu de la partie II sur la conduite d'un fonctionnaire.
- Il y a lieu, enfin, avant d'entrer dans le vif du sujet, de disposer d'un argument soulevé en désespoir de cause par l'un des intervenants: la Cour fédérale n'aurait pas compétence pour disposer d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision du commissaire, du fait que ce dernier soit un juge nommé par le gouvernement fédéral en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴ et échappe ainsi à la définition d'«office fédéral» contenue au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*⁵.
- Cet argument ne résiste pas à l'analyse. Ce n'est pas en sa qualité de juge que le commissaire Krever est nommé; les mots «un juge», dans le décret, sont là pour l'identifier, et non pour le qualifier. L'argument aurait eu plus de poids si le décret avait utilisé les mots «en tant que juge» ou «en sa qualité de juge» («*as a judge*», par exemple, dans le texte anglais). Cette question a d'ailleurs été tranchée par la Cour suprême du Canada dans *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre*⁶, lorsque le juge Dickson, qui n'était pas encore juge en chef, a conclu qu'un juge ne siège pas comme juge lorsqu'il exerce «une compétence exceptionnelle n'ayant aucun rapport avec ses fonc-

city". Certainly Mr. Krever's capacity as a commissioner bears no relation to his capacity as a judge.

I. The Commissioner's terms of reference

18 A brief comment is needed concerning the Commissioner's terms of reference under the commission issued to him under Part I of the Act. They refer to "all activities of the blood system in Canada", and the Commissioner's mandate is to inquire into "the safety of the blood supply system in Canada". While this mandate may be unusually broad, it was laid down by the Governor in Council in the wake of the third report of the Sub-Committee on Health Issues of the Standing Committee of the House of Commons on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. That report, entitled *Tragedy and Challenge: Canada's Blood System and HIV* (the Wilbee Report) was made public on May 13, 1993.

19 The Sub-Committee concluded that despite its efforts, it could not answer certain central questions, such as whether antibody testing had been instituted as quickly as it could have been and whether the decision-making process within the blood system in Canada at the time caused or contributed to an unavoidable delay, or whether it was possible that financial considerations played a role, for example, in the availability of funds for the quickest possible transition to Factor VIII, a blood product used primarily by hemophiliacs.

20 As well, one of the recommendations made in the Wilbee Report was as follows:⁷

RECOMMENDATION NO. 1

The Sub-Committee strongly recommends that a public inquiry be carried out into the Canadian blood system, with the efficiency and safety of the system as the primary focus. The inquiry should also include, but not be limited to, a full examination of the events of the 1980s when the Canadian blood supply became contaminated by the human immunodeficiency virus, the pathogen associated with AIDS.

tions ordinaires». Il est certain que les fonctions de monsieur Krever en tant que commissaire n'ont aucun rapport avec ses fonctions en tant que juge.

I. Le mandat du commissaire

18 Un mot sur le mandat du commissaire. Ce mandat est émis en vertu de la partie I de la Loi. Il vise «toutes les activités du système canadien d'approvisionnement en sang» et ce commissaire a reçu mission de faire enquête «sur la sécurité du système canadien d'approvisionnement du sang». Mandat particulièrement vaste s'il en est, il a été défini par le gouverneur en conseil dans la foulée du troisième rapport du Sous-comité sur les questions de santé du Comité parlementaire permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Ce rapport, intitulé *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH* (le rapport Wilbee) a été rendu public le 13 mai 1993.

19 Le Sous-comité a conclu qu'en dépit de ses efforts, il ne pouvait répondre à certaines questions essentielles, telles celles de savoir si le dépistage des anticorps avait été mis sur pied aussi rapidement qu'on le pouvait et si la prise des décisions dans le système canadien de collecte et de distribution de sang à l'époque pertinente avait occasionné des retards inévitables ou contribué à de tels retards; ou encore celle de savoir s'il était possible que des considérations financières aient joué un rôle, par exemple, sur la disponibilité de fonds destinés à effectuer le plus rapidement possible la transition au facteur VIII, un produit sanguin utilisé principalement par les hémophiles.

20 Aussi, le rapport Wilbee faisait-il, entre autres recommandations, la suivante⁷:

RECOMMANDATION N° 1

Le Sous-comité recommande fortement que soit réalisée une enquête publique sur le système canadien de collecte et de distribution de sang, qui porterait principalement sur l'efficacité et la fiabilité du système. L'enquête comprendrait notamment un examen complet des événements qui se sont produits au cours des années 1980, lorsque les stocks canadiens de sang ont été contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine, l'agent pathogène associé au sida.

21 The federal Minister of Health at the time, Mary Collins (the Minister), then made a commitment to hold an inquiry with a mandate to closely examine how and why so many individuals were infected before systematic screening of all blood donations began in late 1985, to ensure that that never happened again.

22 This is the background against which Commissioner Krever's terms of reference were laid down. While his mandate certainly did not focus expressly on the appellants' conduct—unlike, for example, most commissions that will be discussed in these reasons—it is equally certain that it allowed him to inquire into “events surrounding the contamination of the blood system in Canada in the early 1980s”, and this necessarily implies the conduct of the appellants in relation to those events. As Mr. Justice Beetz stated in *Bisaillon v. Keable*:⁸

It seems to me that the power to inquire into a specific event incidentally but necessarily includes the power to inquire into the actions of persons involved as well as prior and subsequent events which have some connection with the event in question.

23 Apparently, the Commissioner decided to devote a significant portion of his inquiry to the conduct of the persons involved in the events of the early 1980s, and it was entirely open to him to interpret his mandate in that manner, having regard to the content of the Wilbee Report and the statements made by the Minister. The courts allow commissioners great latitude in relation to the interpretation of the scope of their mandates, and it is difficult to imagine how a commissioner might make recommendations that would be of any use for the future if he or she were unable to look to the past for guidance. The Commissioner's power to make recommendations is of course limited to the present (section 6) and the future (section 7), but his power to investigate and report clearly extends to the past.

II. Are the applications for judicial review premature?

24 The Commissioner contends that the applications for judicial review are premature, in that the notices

21 Le ministre fédéral de la Santé à l'époque, Mary Collins (la ministre), s'engageait alors à tenir une enquête ayant mandat de rechercher soigneusement de quelle façon et pourquoi tant de personnes avaient été infectées avant que ne débute l'examen systématique des dons de sang vers la fin de 1985, de manière à éviter que cela ne se produise plus jamais.

22 C'est dans ce contexte que fut défini le mandat du commissaire Krever. S'il est certain que ce mandat n'est pas expressément axé sur la conduite des appellants—contrairement, par exemple, à la plupart des mandats dont il sera question dans ces motifs—, il est tout aussi certain qu'il permet d'enquêter sur «les événements entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980», ce qui suppose nécessairement la conduite des appelants dans le cadre desdits événements. Ainsi que le disait le juge Beetz dans *Bisaillon c. Keable*⁸:

Il me semble que le pouvoir de faire enquête sur un événement précis comporte accessoirement mais nécessairement le pouvoir d'enquêter sur le comportement des personnes impliquées . . .

23 Le commissaire a de toute évidence décidé de consacrer une partie importante de son enquête à la conduite des personnes impliquées dans les événements du début des années 1980 et il lui était tout à fait loisible d'interpréter son mandat en ce sens à la lumière du contenu du rapport Wilbee et des déclarations de la ministre. Les tribunaux reconnaissent une grande latitude aux commissaires en ce qui a trait à l'interprétation de l'étendue de leur mandat et il est difficile de concevoir qu'un commissaire puisse faire des recommandations utiles pour l'avenir s'il n'a pas la possibilité de rechercher les enseignements du passé. Le pouvoir de recommandation du commissaire se limite certes au présent (article 6) et à l'avenir (article 7), mais son pouvoir d'enquête et de rapport s'étend manifestement au passé.

II. Les demandes de contrôle judiciaire sont-elles prématurées?

24 Le commissaire soutient que les demandes de contrôle judiciaire sont prématurées, car les préavis

were merely an administrative act setting out hypothetical findings. Mr. Justice Richard accepted that argument, although I am not certain that this was the reason he dismissed the applications. What he said was:⁹

The central argument of the applicants rests on the analysis that the Commissioner cannot set out in the notices allegations which in their view amount to, are tantamount to, or are equivalent to, findings of criminal or civil liability because they could not properly be made as findings. However, no such findings have been made by the Commissioner; he has only given statutory notice to different persons of the charges of misconduct alleged against them. I am not only being asked to agree with their characterization of the allegations, but also to conclude that the Commissioner may make such findings and that if he did make such findings, they would be beyond his mandate.

As was done in *Landreville* (*Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726 (T.D.)) and *Richards*,^[10] the findings of the Commissioner, when released, are subject to individual scrutiny and subject to being set aside if they exceed the mandate of the Commission. All I have before me, at the present time, is the administrative act of the Commissioner, acting through his counsel, of deciding to give statutory notice to affected parties. The notice is given to protect the person's interests. Any argument against the Commissioner adopting any of the allegations may properly be raised before him since a full opportunity to be heard is afforded to all persons receiving the notices.

25 I do not agree. It is of little consequence whether the act done by the Commissioner, serving the notice required by the Act, is characterized as "administrative": it is settled in the modern case law that the so-called "administrative" nature of an act does not place that act beyond the reach of judicial review. Moreover, the fact that the appellants would be able to apply to have the findings made by the Commission set aside when the report was published cannot in itself operate to deprive the appellants of their right to seek, in advance, to prevent the Commissioner from making such findings in his report. One of the objectives of judicial review of the decisions of administrative bodies is to prevent those bodies from doing acts that they do not have the power to do, and one method of doing this that is recognized in the *Federal Court Act* is to obtain a writ of prohibition (see paragraphs 18(1)(a) [as am.

ne seraient qu'un acte administratif faisant état de conclusions hypothétiques. Le juge Richard a retenu cet argument, encore que je ne suis pas certain qu'il ait rejeté les demandes pour ce motif. Il s'est exprimé en ces termes⁹:

L'argument principal des requérants repose sur le raisonnement selon lequel le commissaire ne peut formuler dans les préavis des allégations qui, selon eux, équivaldraient à une décision portant responsabilité civile ou criminelle parce que ce genre de conclusions n'est pas autorisé. Toutefois, le commissaire n'a pas tiré de telles conclusions; il a simplement signifié à certaines personnes le préavis prescrit par la loi concernant la faute qui leur est imputée. Les requérants me demandent non seulement de reconnaître qu'ils ont décrit avec justesse les allégations, mais aussi de conclure qu'il est possible que le commissaire ait tiré de telles conclusions et que, s'il l'a fait, celles-ci outrepassent son mandat.

Comme il fut fait dans les affaires *Landreville* (*Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726 (1^{re} inst.)) et *Richards* ^[10], les conclusions du commissaire, une fois publiées, pourront être examinées individuellement et être annulées si elles outrepassent le mandat de la Commission. À l'heure actuelle, toutefois, la Cour n'est saisie que d'un acte administratif posé par le commissaire par l'entremise de ses avocats, c'est-à-dire la décision de signifier le préavis prescrit par la loi aux parties intéressées. Ce préavis est fourni afin de protéger les intérêts d'une personne. Tout argument s'opposant à ce que le commissaire accepte les allégations ainsi portées peut à bon droit être soulevé devant lui, étant donné que toutes les personnes qui ont reçu les préavis auront l'occasion de se faire entendre.

Je ne suis pas d'accord. Il importe peu qu'on 25 qualifie d'«administratif» l'acte posé par le commissaire de signifier le préavis prescrit par la Loi; il est en effet acquis, dans la jurisprudence moderne, que la nature soi-disant «administrative» d'un acte ne met pas cet acte à l'abri du contrôle judiciaire. Par ailleurs, le fait que les appelants pourraient, lors de la publication du rapport, demander l'annulation de conclusions tirées par le commissaire, ne saurait en lui-même priver les appelants de leur droit de chercher à l'avance à empêcher le commissaire de tirer semblables conclusions dans son rapport. L'un des objectifs du contrôle judiciaire des décisions de l'administration est de prévenir que soient posés des actes que l'administration n'a pas le pouvoir de poser, et un moyen reconnu par la *Loi sur la Cour fédérale* pour ce faire, est l'obtention d'un bref de prohibition (voir les alinéas 18(1)a) [mod. par L.C.

by S.C. 1990, ch. 8, s. 4] and 18.1(3)(b) [as enacted *idem*, s. 5] of the Act).¹¹

1990, c. 8, art. 4] et 18.1(3)(b) [édicte, *idem*, art. 5] de la Loi)¹¹.

26 It appears to me to be self-evident that if the Commissioner does not have jurisdiction to make the findings in his final report of which his counsel were forewarning the appellants in the notices, he must also have no jurisdiction to give notice that such findings might be made. We must assume that the hypothetical finding set out in a notice is one that a commissioner has the power to make, as an actual finding, in his report. A person who is subject to the authority of an administrative body should not be threatened with an act which that body does not have the power to do, nor should such a person be compelled to attempt to refute, at a continued inquiry, a finding that the administrative body in fact has no power to make. Here, the act of the Commissioner that is being challenged is not pure speculation on his part that might have been gleaned from his conduct or his comments at the inquiry; rather, it is an opinion clearly expressed by representatives of the Commissioner to the effect that such conclusions are possible; that very possibility is formally enunciated in a notice which is required by the Act and which gives the appellants the undeniable right to be heard if they deem it appropriate, and absent which the Commissioner could not allege misconduct against the person in question.

26 Il m'apparaît aller de soi que si le commissaire n'a pas compétence pour formuler dans son rapport final les conclusions contre lesquelles ses avocats mettent les appelants en garde dans les préavis, il n'a pas davantage compétence pour en faire l'objet d'un préavis. On doit supposer que la conclusion hypothétique énoncée dans un préavis en est une qu'un commissaire a le pouvoir d'énoncer pour de vrai dans son rapport. Un administré ne devrait pas être menacé d'un acte que l'administration n'a pas le pouvoir de poser ni être contraint de chercher à réfuter, par un complément d'enquête, une conclusion que l'administration n'a pas de toute façon le pouvoir de tirer. Ce n'est pas, ici, pure spéculation du commissaire qui est attaquée et qu'on aurait glanée de son comportement ou de ses propos lors de l'enquête, mais l'opinion clairement exprimée par des représentants du commissaire selon laquelle il est possible que de telles conclusions soient tirées; cette possibilité est énoncée formellement dans un préavis requis par la Loi, lequel préavis confère aux appelants le droit incontournable d'être entendus s'ils le jugent à propos et en l'absence duquel le commissaire ne pourrait, dans son rapport final, imputer une faute à la personne concernée.

27 In the most recent edition of *Judicial Review of Administrative Action*,¹² De Smith, Woolf and Jowell addressed the issue of whether a writ of prohibition is premature in the following terms:

27 De Smith, Woolf et Jowell, dans la plus récente édition de *Judicial Review of Administrative Action*¹², ont abordé en ces termes la question de la demande prématurée d'un bref de prohibition:

It is still not altogether clear what is the earliest stage at which an application for an order for prohibition may be made. If want of jurisdiction is apparent, prohibition may be applied for at once. If want of jurisdiction is not apparent, the application must wait until the tribunal has actually stepped outside its jurisdiction (as by continuing the hearing after an incorrect determination of a jurisdictional fact) or is undoubtedly about to step outside its jurisdiction (as where it has announced its intention to entertain matters into which it has no power to inquire) . . . This is the generally accepted doctrine.

[TRADUCTION] Il n'est pas du tout clair où se situe le premier moment où une demande de bref de prohibition peut être présentée. Si l'absence de compétence est évidente, le bref de prohibition peut être demandé immédiatement. Si elle n'est pas évidente, la demande doit attendre jusqu'à ce que le tribunal ait effectivement excédé sa compétence (par exemple en continuant l'audience après une décision erronée sur un fait attributif de compétence) ou qu'il soit sans aucun doute sur le point d'excéder sa compétence (par exemple lorsqu'il a annoncé son intention d'examiner des questions sur lesquelles il n'a pas le pouvoir d'enquêter . . . c'est la doctrine généralement acceptée.

28 In the instant case, if the Commissioner did not have jurisdiction to make the findings in his report

28 Dans le cas présent, si le commissaire n'a pas la compétence d'énoncer dans son rapport les conclu-

that he set out in the notices, then this is a case in which want of jurisdiction is apparent, or at least one in which the Commissioner "is undoubtedly about to step outside [his] jurisdiction". It would be intolerable to compel the appellants to wait until the report was made before allowing them to object to it: the harm would then be greater, and probably irreparable.

29 In principle, therefore, I believe that it is possible to apply to quash a notice that a commissioner decides to give under section 13. In practice, however, I believe that the courts must show extreme restraint before intervening at this stage. The notices in no way state the Commissioner's opinion; they merely state the possibility that the Commissioner may state the opinion that there has been misconduct. The allegations are not (or should not be) stated in legal language and must not be held under a magnifying glass. When a commissioner decides to include a number of allegations in a single notice, the notice may seem more overwhelming than the final report, in which the findings of misconduct, if such there be, will probably be spread out. Since a notice, by definition, states possible allegations of misconduct, it is inevitable that it will depict the conduct of its recipient unfavourably, and that the recipient will believe that its reputation is tarnished solely because a notice has been sent to it. Thus there are many reasons why the Court should view the notice in context, and not dramatize its implications.

30 The courts should intervene only when the content of the notice implies an obvious excess of jurisdiction, or discloses a flagrant breach of the rules of natural justice. This need for caution may be easily explained. Commissions of inquiry have become an integral part of our democratic culture. I cannot express this any better than did Mr. Justice Cory in his comments in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*:¹³

As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfor-

sions qu'il a annoncées dans les préavis, il s'agit d'un cas de manque de compétence apparent ou à tout le moins d'un cas où le commissaire [TRADUCTION] «est sans aucun doute sur le point d'excéder sa compétence». Il serait odieux de forcer les appelants à attendre le dépôt du rapport avant de les autoriser à se plaindre: le mal sera dès lors plus grand et vraisemblablement irréparable.

29 En principe, donc, j'estime qu'il est possible de demander l'annulation de préavis qu'un commissaire décide de donner en vertu de l'article 13. En pratique, toutefois, j'estime que les tribunaux doivent faire preuve de retenue extrême avant d'intervenir à ce stade. Les préavis ne font point état de l'opinion du commissaire; ils ne font état que de la possibilité que ce dernier émette l'opinion qu'une faute a été commise. Les allégations ne sont pas (ou ne devraient pas être) formulées dans un langage juridique et ne doivent pas être scrutées à la loupe. Lorsqu'un commissaire décide de regrouper plusieurs allégations dans un même préavis, ce dernier peut paraître plus accablant que ne le sera le rapport final dans lequel les conclusions de faute, s'il en est, seront vraisemblablement dispersées. Puisque, par définition, un préavis énonce des allégations possibles de faute, il est inévitable qu'il dépeigne défavorablement la conduite de son destinataire et que ce dernier croit sa réputation ternie du seul fait qu'un préavis lui a été envoyé. Autant de raisons, donc, pour la Cour de situer le préavis dans son contexte et de ne pas en dramatiser la portée.

30 Les tribunaux ne devraient intervenir que là où le contenu du préavis suppose un excès de compétence manifeste ou révèle un manquement flagrant aux règles de justice naturelle. Ce devoir de prudence s'explique aisément. Les commissions d'enquête sont devenues parties intégrantes de notre vie démocratique. Je ne puis faire mieux, ici, que de reprendre certains des propos tenus par le juge Cory dans *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*¹³:

En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un

tunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

...

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

- 31 This need for caution is particularly essential in this instance, in that the inquiry in issue is of literally vital importance to all Canadians, it is about to conclude and it had, until the notices were sent, been conducted without serious legal difficulties. As Mr. Justice Finlayson noted in *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario*:¹⁴

I do not think that we should encourage applications such as these which have the effect of fragmenting and protracting the proceedings except in the clearest of cases.

- 32 This respect for the institution that the creation of a commission of inquiry has come to be in Canada must not, however, amount to blind respect. How-

besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexplicables de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

...

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

- Ce devoir de prudence s'impose d'autant plus en 31 l'espèce que l'enquête dont il s'agit est d'une importance littéralement vitale pour tous les Canadiens, que son dénouement est prochain et qu'elle s'était, jusqu'au moment de l'envoi des préavis, déroulée sans problèmes juridiques sérieux. Ainsi que le notait le juge d'appel Finlayson, dans *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* ¹⁴:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que nous devrions encourager des demandes comme celles-ci, qui ont pour effet de fragmenter et de prolonger les procédures, sauf dans les cas les plus clairs.

- Ce respect de l'institution qu'est devenue au 32 Canada l'établissement d'une commission d'enquête, ne doit cependant pas être aveugle. La fin recher-

ever legitimate and important the objective may be, it does not justify all the means that might be used to achieve it. The search for truth does not excuse the violation of the rights of the individuals being investigated. Individuals whose conduct is being scrutinized at a public inquiry conducted under Part I of the Act are so vulnerable and so powerless that the courts must not allow an inquiry to continue when a commissioner is ostensibly abusing his powers and transforming his role from investigator into inquisitor. The considerable powers of commissioners and the ready, numerous and often tempting opportunities for abuse make it particularly necessary that the courts be vigilant. As Mr. Justice Cory observed:¹⁵

... [there is] the risk that commissions of inquiry, released from many of the institutional constraints placed upon the various branches of government, are also able to operate free from the safeguards which ordinarily protect individual rights in the face of government action.

Bryan Schwartz correctly noted the dangers that lie in wait for a commissioner:¹⁶

Again, an interest in promoting a general cause may distort the judgment of even the most judicious person. The danger of distorted perception is especially serious for those who obtain ego-gratification by feeling righteous and being perceived as such. Most public inquiries are about rooting out something every[one] thinks is bad—drug-use in sports, political corruption, bad police behaviour—and a commissioner can be carried away with the general enthusiasm for reform to the point that individual conduct cannot be fairly evaluated.

33 I shall now consider, from the dual standpoint of restraint and vigilance, whether the appellants' arguments are more than speculation, and are sufficiently serious that they warrant the intervention of the Court. The appellants are not, of course, asking that the inquiry be halted or that the Commissioner not be permitted to make his final report. However, an order can be made setting aside the notices in the present circumstances, and at the stage that the Commissioner has reached, only if the actions of the Commission, as established by the sending of the

chée, si légitime et si importante soit-elle, ne justifie pas tous les moyens qu'on puisse utiliser pour y arriver. La recherche de la vérité n'excuse pas la violation des droits des personnes sous enquête. La vulnérabilité et l'impuissance des personnes dont la conduite est examinée dans le cadre d'une enquête publique menée en vertu de la partie I de la Loi sont telles que les tribunaux ne doivent pas permettre que se continue une enquête au cours de laquelle un commissaire abuse ostensiblement de ses pouvoirs et transforme son rôle d'enquêteur en celui d'inquisiteur. La vigilance des tribunaux est d'autant plus nécessaire que les pouvoirs des commissaires sont considérables et les occasions d'abus, faciles, nombreuses et souvent tentantes. Ainsi que l'observait le juge Cory¹⁵:

... il y a le risque que les commissions d'enquête, libérées d'un bon nombre des contraintes institutionnelles auxquelles sont assujetties les diverses branches de gouvernement, soient aussi en mesure d'agir sans les garanties qui protègent d'ordinaire les droits individuels contre l'action gouvernementale.

Bryan Schwartz notait avec justesse les dangers qui guettent un commissaire¹⁶:

[TRADUCTION] Par ailleurs, un intérêt dans la promotion d'une cause générale peut fausser le jugement de la personne même la plus judicieuse. Le danger d'une perception faussée est particulièrement sérieux pour ceux qui tirent une gratification personnelle du fait qu'ils se sentent vertueux et qu'ils sont perçus comme tels. La plupart des enquêtes publiques visent à découvrir la source de quelque chose que chacun croit mauvais—usage de drogues dans les sports, corruption politique, comportement policier répréhensible—et un commissaire peut être emporté dans l'enthousiasme général pour la réforme au point de ne pouvoir évaluer équitablement la conduite d'un individu.

C'est dans cette double perspective de prudence et de vigilance que j'examinerai maintenant si les prétentions des appelants débordent le cadre de la spéculation et sont à ce point sérieuses qu'elles justifient l'intervention de la Cour. Les appelants, certes, ne demandent pas que l'enquête soit arrêtée ni que le commissaire ne puisse déposer son rapport final. Cependant, l'annulation des préavis dans les circonstances actuelles et à l'étape à laquelle le commissaire en est rendu ne saurait être ordonnée que si les agissements de la Commission, tels que révélés par

33

notices, are sufficiently troubling that the Court has no choice but to intervene to prevent an injustice being committed in the near future.

III. Power of the Commissioner to make conclusions of law in respect of the appellants' civil or criminal liability

34 I shall first examine the appellants' argument that a commissioner may not find a breach of a duty. I shall then examine their arguments in respect of the findings of liability that, in their opinion, a commissioner may not make. Lastly, I shall apply the principles that I shall identify to the notices in issue.

35 At the outset, I would note that a public inquiry into a tragedy would be quite pointless if it did not lead to identification of the causes and players for fear of harming reputations and because of the danger that certain findings of fact might be invoked in civil or criminal proceedings. It is almost inevitable that somewhere along the way, or in a final report, such an inquiry will tarnish reputations and raise questions in the public's mind concerning the responsibility borne by certain individuals. I doubt that it would be possible to meet the need for public inquiries whose aim is to shed light on a particular incident without in some way interfering with the reputations of the individuals involved. And this is precisely why Parliament and the courts have imposed strict limits on such use as anyone might be tempted to make in a civil or criminal trial of evidence obtained or testimony given during an inquiry and of the findings set out in the reports of commissions of inquiry. The system that has been instituted is certainly not perfect, but it is the role of the courts to ensure that it is as perfect as possible.

36 It must be recalled that the findings made by a commissioner are merely the statement of an opinion formed by the commissioner with respect to the conduct of a person, after an inquiry which does not apply normal legal criteria and at which the rules of

l'envoi des préavis, sont à ce point troublants que la Cour n'a d'autre choix que d'intervenir pour empêcher dès maintenant que ne soit demain commise une injustice.

III. Pouvoir du commissaire de formuler des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants.

J'examinerai d'abord la prétention des appelants à l'effet qu'un commissaire ne peut faire état d'un manquement à un devoir. J'examinerai ensuite leurs prétentions relatives aux conclusions de responsabilité qu'à leur avis un commissaire ne peut formuler. J'appliquerai enfin les principes que j'aurai dégagés aux préavis en litige. 34

Je dirai dès le départ qu'une enquête publique sur une tragédie serait bien inutile si elle ne permettait pas d'en identifier les causes et les acteurs de crainte d'atteinte à la réputation et en raison du danger que certaines des conclusions de fait ne soient invoquées dans le cadre de poursuites civiles ou pénales. Il est presque inévitable qu'en cours de route ou dans un rapport final, une telle enquête ternisse des réputations et soulève des interrogations dans le public relativement à la responsabilité de certaines personnes. Je doute qu'il soit possible de satisfaire le besoin d'enquêtes publiques destinées à faire la lumière sur un incident donné, sans porter atteinte de quelque façon à la réputation des personnes impliquées. Et c'est pour ces raisons, justement, que le Parlement et les tribunaux ont imposé des restrictions sévères à l'utilisation que quelqu'un pourrait être tenté de faire, dans un procès civil ou dans un procès criminel, d'éléments de preuve obtenus ou de témoignages rendus en cours d'enquête et des conclusions contenues dans les rapports des commissions d'enquête. Le système mis en place n'est certes pas parfait, mais les tribunaux sont là pour veiller à ce qu'il soit le plus parfait possible. 35

Les conclusions d'un commissaire, faut-il le rappeler, ne sont que la formulation d'une opinion qu'il s'est faite sur la conduite d'une personne à la suite d'une enquête qui n'applique pas les règles de droit habituelles et dont les règles de procédure et de 36

evidence and procedure are not so strict as those that apply to a trial between adverse parties. Such an opinion does not, cannot and cannot claim to have the weight, force or effect of a judgment; it cannot be analyzed or interpreted as if it were the product of a traditional trial. A threat to subject a commissioner's work to systematic legal-style dissection of the findings of fact made by him or her would seriously hinder that work.

(A) Breach of a duty

37 According to the appellants, a commissioner may not suggest in his or her findings that the fact that someone has done or failed to do something implies that the person has failed to comply with a legal standard of conduct that he or she was bound to observe.

38 Section 13 of the Act expressly permits a commissioner to make findings of "misconduct" (*faute*). When we say "misconduct", we are necessarily saying breach of a standard of conduct. That standard may be moral, legal, scientific, social, political and so on. To contend that a commissioner may not find that a person has breached a duty is to strip section 13 of any meaning, and to all intents and purposes to muzzle a commissioner.

(B) Findings of liability

39 The appellants argued at length that the Constitution of Canada and the rule of law forbid both the federal government and the provincial governments from giving a commissioner a mandate to make conclusions of law in respect of their civil or criminal liability (hereinafter "findings of liability"). It is not necessary in this instance for me to decide this issue, since the Governor in Council gave no such mandate to the Commissioner and the Commissioner himself has stated that he does not intend to make such findings. I shall therefore take it to be settled, for the purpose of this matter, that the Commissioner has no power to make findings of liability.

preuve n'ont pas la rigueur de celles d'un procès entre parties qui s'opposent. Cette opinion n'a pas, ne peut avoir et ne peut prétendre avoir valeur, force ou effet de jugement; elle ne saurait être analysée ou interprétée comme si elle était le fruit d'un procès traditionnel. Ce serait entraver sérieusement le travail d'un commissaire que de le menacer d'une dissection systématique à saveur juridique des conclusions de fait auxquelles il en arrivera.

A) Manquement à un devoir

37 Selon les appelants, un commissaire ne peut, dans ses conclusions, laisser entendre que le fait de poser ou ne pas poser un geste dénote un défaut de leur part de respecter un critère juridique de conduite qu'ils se devaient de respecter.

38 L'article 13 de la Loi permet expressément à un commissaire de formuler des conclusions de «faute» (*misconduct*). Qui dit «faute», dit nécessairement manquement à un critère de conduite. Ce critère peut être moral, légal, scientifique, social, politique etc. . . Soutenir qu'un commissaire ne peut conclure qu'une personne a manqué à un devoir, c'est enlever tout sens à l'article 13 et c'est à toutes fins utiles bâillonner un commissaire.

B) Conclusions de responsabilité

39 Les appelants ont longuement plaidé que la Constitution du pays et la règle de droit interdisaient au gouvernement fédéral, de même qu'aux gouvernements provinciaux, de confier à un commissaire le mandat de tirer des conclusions de droit relatives à leur responsabilité civile ou criminelle (ci-après «conclusions de responsabilité»). Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, que je me prononce sur cette question, puisque le gouverneur en conseil n'a pas confié un tel mandat au commissaire et que le commissaire a dit lui-même qu'il n'avait pas l'intention de formuler de telles conclusions. Je tiendrai donc pour acquis, aux fins du présent litige, que le commissaire n'a pas le pouvoir de formuler des conclusions de responsabilité.

40 How then are we to understand the expression “findings of liability”? The appellants contend that if the allegations of misconduct as formulated by the Commissioner in the notices were to appear in the final report in the form of findings, they would be tantamount to findings of liability which the Commissioner, as he himself has said, has no power to make. What the appellants object to is not disclosure of their names, but the wording of the allegations that might be made against them.

41 The expression “findings of liability” as used by the appellants is to some extent hallowed by practice and the case law. It refers to the Ontario order in council which instituted the Grange Commission, which was assigned the task of inquiring into the deaths at a children’s hospital (*Re Nelles et al. and Grange et al.*),¹⁷ which formally prohibited the Commissioner from “expressing any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility”. The meaning of this expression was considered by the Ontario Court of Appeal in *Nelles*, and its analysis was cited by the Supreme Court of Canada in *Starr v. Houlden*:¹⁸

A public inquiry is not the means by which investigations are carried out with respect to the commission of particular crimes . . . Such an inquiry is a coercive procedure and is quite incompatible with our notion of justice in the investigation of a particular crime and the determination of actual or probable criminal or civil responsibility.

. . .

What is important is that a finding or conclusion stated by the commissioner would be considered by the public as a determination and might well be seriously prejudicial if a person named by the commissioner as responsible for the deaths in the circumstances were to face such accusations in further proceedings. Of equal importance, if no charge is subsequently laid, a person found responsible by the commissioner would have no recourse to clear his or her name

Further, it is a reasonable inference that a person intends the natural consequences of his acts and such a finding as that referred to against a nurse in this case would leave nothing further to be said to amount to a conclusion forbidden by the Order in Council.

40 Que faut-il entendre, alors, par l’expression «conclusions de responsabilité»? Les appelants soutiennent que si les allégations de faute telles que formulées par le commissaire dans les préavis se retrouvaient sous forme de conclusions dans le rapport final, elles équivaldraient à des conclusions de responsabilité que le commissaire n’a pas, selon ses propres dires, le pouvoir d’énoncer. Ce n’est pas à la divulgation de leur nom que les appelants s’en prennent, c’est à la formulation des reproches qui leur seront peut-être faits.

41 L’expression «conclusions de responsabilité» qu’utilisent les appelants est en quelque sorte consacrée par la pratique et par la jurisprudence. Elle renvoie au décret ontarien qui instituait la commission Grange chargée d’enquêter sur des décès survenus dans un hôpital pour enfants (*Re Nelles et al. and Grange et al.*)¹⁷, lequel décret interdisait formellement au commissaire de «formuler des conclusions de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle». Le sens de l’expression a été analysé par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Nelles*, et cette analyse a été reprise à son compte par la Cour suprême du Canada dans *Starr c. Houlden*¹⁸:

[TRADUCTION] Une enquête publique n’est pas le moyen de mener des enquêtes sur la perpétration de crimes précis . . . Une telle enquête est une procédure coercitive et elle est incompatible avec notre notion de justice dans la recherche d’un crime précis et quant à la détermination de la responsabilité civile ou criminelle réelle ou probable.

. . .

[TRADUCTION] Ce qui importe c’est qu’une conclusion du commissaire serait considérée comme une décision par le public et serait susceptible de causer un préjudice grave si une personne nommée par le commissaire comme étant responsable du décès dans les circonstances devait faire face à des accusations dans d’autres procédures. Ce qui importe tout autant, c’est que, si aucune accusation n’était portée par la suite, la personne déclarée responsable par le commissaire n’aurait aucun recours pour défendre sa réputation . . .

En outre, on peut raisonnablement déduire qu’une personne a l’intention que se réalisent les conséquences naturelles de ses actes et une conclusion défavorable à une infirmière, comme en l’espèce, équivaldrait sans plus à une conclusion interdite par le décret.

Thus, according to the appellants, what is important is not so much the precise expression used by a commissioner—it would be much too easy to evade judicial review by playing with words—as the impression that a finding of fact made by the commissioner leaves on the public.

42 Like the appellants, I acknowledge that the passages from *Nelles* that were cited in *Starr* substantiate their argument that the Commissioner may not express his opinion in terms that would give the opinion expressed the weight of a decision or determination of civil or criminal liability in the eyes of the public.

43 However, the appellants are wrong to try to make a general principle of law out of comments that were not intended to be such, that were made in an entirely unique context and that, if taken literally, would to all intents and purposes paralyse the work of most commissions of inquiry.

44 I would note at the outset that the comments in question were made in relation to investigations “with respect to the commission of particular crimes”. In *Nelles*, the only thing missing, for the inquiry to be transformed into a police investigation into a particular crime and for it to become apparent that the person named would then have been viewed by public opinion as the perpetrator of the crime, was the name of the person who allegedly deliberately administered the fatal drug. In *Starr*, the Order in Council to all intents and purposes reproduced the text of section 121 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and even gave the name of the accused. It is therefore no surprise that in *Starr* Mr. Justice Lamer, as he then was, cited the comments of the Ontario Court of Appeal in *Nelles*, since if Commissioner Houlden’s findings had been unfavourable to Ms. Starr they would inevitably have confirmed her guilt in the eyes of the public.

45 I would also recall that in *Starr* the question of civil liability did not arise, and that Mr. Justice Lamer was considering not the substance of the ultimate findings of the report, but strictly the constitutional characterization of the purpose of the inquiry. His comments are *obiter dicta*, at most.

Ainsi, selon les appelants, ce ne serait pas tant la formulation précise utilisée par un commissaire—il lui serait par trop facile, en jouant avec les mots, de se soustraire au contrôle judiciaire—qui importe, que l’impression que laisse sur la population la conclusion de fait à laquelle il en arrive.

Je reconnais, avec les appelants, que les passages de *Nelles* qui ont été repris dans *Starr* accréditent leur prétention à l’effet que le commissaire ne peut formuler son opinion en des termes qui, aux yeux du public, donneraient à l’opinion exprimée valeur de décision ou de détermination de la responsabilité civile ou criminelle.

C’est à tort, cependant, que les appelants cherchent à transformer en principe de droit général des propos qui n’avaient pas ce but, qui ont été prononcés dans un contexte on ne peut plus particulier et qui, pris à la lettre, paralyseraient à toutes fins utiles les travaux de la plupart des commissions d’enquête.

44 Disons au départ que les propos en question ont été employés à l’occasion d’enquêtes «sur la perpétration de crimes précis». Dans *Nelles*, il ne manquait que le nom de la personne qui aurait délibérément administré le médicament fatal, pour que l’enquête se transformât en enquête policière sur un crime précis et pour qu’il fût évident que la personne nommée aurait été dès lors considérée par l’opinion publique comme l’auteur du crime. Dans *Starr*, le décret reproduisait à toutes fins utiles le texte de l’article 121 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et donnait même le nom de l’accusée. Il n’est donc pas étonnant que le juge Lamer, qui n’était pas encore juge en chef, s’inspire dans *Starr* des propos de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Nelles*, puisque les conclusions du commissaire Houlden, si elles avaient été défavorables à M^{me} Starr, auraient inévitablement confirmé la culpabilité de cette dernière aux yeux du public.

45 Rappelons également que dans *Starr*, la question de responsabilité civile ne se posait pas et que le juge Lamer se penchait, non pas sur la teneur des conclusions éventuelles du rapport, mais strictement sur la qualification constitutionnelle de l’objet de l’enquête. Ses propos sont tout au plus *obiter dicta*.

46 Lastly, I would note that if the comments in *Nelles* had been adopted as a general principle of law in *Starr* it would be impossible to reconcile them with a series of decisions of the Supreme Court itself, and with a very recent decision of the Ontario Court of Appeal.

Soulignons enfin qu'il serait impossible de réconcilier les propos dans *Nelles*, s'ils avaient été consacrés proposition générale de droit dans *Starr*, avec l'effet d'une série de décisions prononcées par la Cour suprême elle-même et d'une décision prononcée tout récemment par la Cour d'appel de l'Ontario.

47 For instance, in *O'Hara v. British Columbia*,¹⁹ the Supreme Court permitted an inquiry to be held upon the conclusion of which the commissioner was to report on "whether Jacobsen sustained injuries while detained in Police custody and if so, the extent thereof, the person or persons who inflicted them, the reason for so inflicting them and the time and place the injuries were sustained". In *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*,²⁰ the Supreme Court refused to order the suspension of an inquiry whose purpose it was, *inter alia*, to inquire into "whether neglect caused or contributed to the explosion". In *Faber v. The Queen*,²¹ the Supreme Court was not worried about the fact that the Quebec *Coroners Act* [S.Q. 1966-67, c. 19] allowed the coroner to determine whether there had been "violence", "negligence" or "culpable conduct of a third person". In *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*,²² the Ontario Court of Appeal permitted a municipal inquiry into "all aspects of the above transactions", including "the relationships, if any, between the elected and administrative representatives of Clearwater, and the principals and representatives of the Board, MacPump, the Trustee and Consortium at all relevant times", to be carried on. It is worth noting that, at page 23, Chief Justice McMurtry cited the comments of Mr. Justice Richard in this case.

Ainsi, dans *O'Hara c. Colombie-Britannique*¹⁹, la Cour suprême a permis que soit menée une enquête au terme de laquelle le commissaire devait faire rapport sur «la question de savoir si Jacobsen a subi des blessures alors qu'il était détenu par la police et, dans l'affirmative, sur la gravité de celles-ci, sur la ou les personnes qui les ont infligées, les motifs pour lesquels elles ont été infligées et le moment et l'endroit où les blessures ont été causées». Dans *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*²⁰, la Cour suprême a refusé d'ordonner la suspension d'une enquête visant, notamment, à «déterminer si la négligence a pu causer l'explosion ou y contribuer». Dans *Faber c. La Reine*²¹, la Cour suprême ne s'inquiétait pas du fait que la *Loi des coroners* [L.Q. 1966-67, ch. 19] du Québec permettait à ce dernier de déterminer s'il y avait «violence», «négligence» ou «conduite coupable de la part d'un tiers». Dans *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*²², la Cour d'appel de l'Ontario a permis que soit menée une enquête municipale sur [TRADUCTION] «tous les aspects des opérations susmentionnées», incluant «les rapports possibles entre les représentants élus et administratifs de Clearwater, et les mandants et représentants de la Commission, MacPump, l'administrateur et Consortium à l'époque en cause»; il est intéressant de noter que le juge en chef McMurtry, à la page 23, s'est inspiré des propos du juge Richard dans la présente instance.

48 While none of these decisions examined the actual making of findings by a commissioner, and each was more concerned with the constitutional characterization of the purpose of the inquiry for the purposes of the division of powers, nonetheless it would be surprising if the Supreme Court had authorized the conduct of inquiries leading inevitably, by the very terms of the orders in council, to findings of fact that would carry the weight of a determina-

Il est vrai qu'aucun de ces arrêts ne se penchait sur la formulation proprement dite des conclusions d'un commissaire et que chacun d'eux s'intéressait plutôt à la qualification constitutionnelle, pour des fins de partage des compétences, de l'objet de l'enquête, mais il serait étonnant que la Cour suprême ait autorisé la poursuite d'enquêtes menant inévitablement, de par les termes mêmes des décrets, à des conclusions de fait qui auraient valeur de détermin-

tion of responsibility in the public's eyes, if it had in fact been of the opinion that such findings amounted to prohibited findings of liability. The Court in effect characterized these inquiries as something other than criminal investigations or criminal trials. By the same reasoning one can conclude that the findings of such an inquiry are not findings of criminal liability. *A fortiori* they are not findings of civil liability. It is of interest that the Ontario Court of Appeal which decided *Nelles* appears in the *Consortium*²³ case to have come to a similar view of such inquiries after reviewing the more recent Supreme Court decisions.

49 If the test proposed in *Nelles* were to be set up as a principle of law, the result would be to paralyze commissions of inquiry, the merits of which the Supreme Court itself has extolled. If a commissioner has jurisdiction to report on misconduct on the part of an individual, it is inevitable, as I pointed out earlier, that he or she will be making a value judgment as to that person's conduct; it is probable that such a finding of misconduct will in some way or another harm that person's reputation; and it is always possible that someone, somewhere, will interpret a commissioner's finding, even one that is worded with utmost care, as a determination of responsibility.

50 The appellants conceded at the hearing that the "public" referred to by the Ontario Court of Appeal is not just any public: it is a public that is reasonably well informed about the legal components of the concept of civil or criminal liability. Here again, unless a commissioner's findings are written in terms whose legal meaning is inescapable, when will it be possible to state with certainty that the combination or accumulation or natural extension of the findings of fact indeed lead to a conclusion of law?

51 In *Nelles*,²⁴ the Ontario Court of Appeal itself acknowledged that the test it was proposing was one of "extreme difficulty, at times approaching the impossible" and that it would lead to an "impasse".

tion de responsabilité aux yeux du public, si elle avait été par ailleurs d'avis que de telles conclusions équivalaient à des conclusions interdites de responsabilité. La Cour, à toutes fins utiles, a décidé que ces enquêtes étaient autre chose que des enquêtes criminelles ou que des procès criminels. Ce même raisonnement permet de dire que les conclusions de telles enquêtes ne sont pas des conclusions de responsabilité criminelle, pas plus qu'elles ne sont des conclusions de responsabilité civile. Il est intéressant de constater que la Cour d'appel de l'Ontario qui, pourtant, avait rendu jugement dans l'affaire *Nelles*, semble avoir accepté ce point de vue dans l'affaire *Consortium*²³ après avoir passé en revue les arrêts plus récents de la Cour suprême.

Ériger en principe de droit le test proposé dans *Nelles* serait entraîner la paralysie de commissions d'enquête dont la Cour suprême elle-même a vanté les mérites. Dès lors qu'un commissaire a compétence pour faire rapport sur une faute commise par une personne, il est inévitable, ainsi que je le soulignais plus haut, qu'il pose un jugement de valeur sur la conduite de cette personne; il est probable que cette conclusion de faute porte atteinte d'une façon ou d'une autre à la réputation de cette personne; et il sera toujours possible que quelqu'un, quelque part, interprète la conclusion d'un commissaire, même formulée avec le plus grand soin, comme une détermination de responsabilité. 49

Les appellants ont concédé à l'audience que le «public» auquel réfère la Cour d'appel de l'Ontario n'est pas n'importe quel public: ce serait le public raisonnablement bien informé des éléments de droit que contient la notion de responsabilité civile ou criminelle. Là encore, à moins que les conclusions d'un commissaire soient rédigées en des termes incontournables sur le plan juridique, quand pourrait-on dire avec certitude que la combinaison ou le cumul ou le prolongement naturel de conclusions de fait mènent en réalité à une conclusion de droit? 50

La Cour d'appel de l'Ontario, dans *Nelles*²⁴, a elle-même reconnu que le test qu'elle proposait en était un d'[TRADUCTION] «extrême difficulté, frôlant parfois l'impossible» et qu'il pouvait mener à une 51

Chief Justice Daigle of the New Brunswick Court of Queen's Bench recently encountered the same difficulty in *Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre)*,²⁵ when he attempted to apply the test in *Nelles*, which he described as follows:

It seems logical to me to include, as I see the rationale in *Nelles*, in the definition of "conclusion of law regarding civil or criminal responsibility" findings of fact which concern the conduct of named persons and implicate all the elements of a crime, a tort or some other legal basis for civil responsibility. It appears necessary to give such a broad definition to the expression "conclusion of law" to ensure fair protection of the individual rights of persons that the prohibition is designed to protect in the coercive and inquisitorial process of public inquiries. This therefore mandates the consideration of the legal effect of findings of fact as well as the legal inferences to be drawn from those facts, even if there is no conclusion of guilt as such expressed in the findings or conclusions made by a commissioner. This should not extend, however, to mere speculation about legal responsibility on the basis of findings or conclusions in a report.

52 Chief Justice Daigle then set about dissecting the findings of the Commissioner having regard to the specific requirements of the *Criminal Code* and the common law, and this led him to conclude as follows:²⁶

Having in mind the definition of civil negligence and its four constituent parts of duty, breach of duty, injury and causation, I conclude that the finding that "officers and employees responsible for the care and safety of the boys of the Training School failed to take any realistically appropriate action and thereby failed . . . the boys . . ." constitute an expression of a conclusion of law regarding the civil responsibility of those employees for their action or inaction in the discharge of their duty. . . .

53 With respect, I would say that this confirms the danger of setting up the test stated in *Nelles* as a principle of general application, and clearly illustrates the impasse to which a literal application of that principle would inevitably lead. Paradoxically, the very terms of the mandate given to Commis-

«impasse». Le juge en chef Daigle, de la Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, s'est récemment heurté à cette difficulté dans *Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre)*²⁵, lorsqu'il a voulu appliquer le test de *Nelles*, qu'il a décrit comme suit:

[TRADUCTION] Il me semble cependant logique, d'après mon interprétation du fondement de cet arrêt, d'inclure dans la définition de l'expression «conclusion de droit relative à la responsabilité civile ou criminelle» des constatations de fait qui visent la conduite de personnes nommées et comportent tous les éléments d'un crime, d'un délit civil ou d'un autre fondement juridique de la responsabilité civile. Il semble en effet nécessaire de donner une définition aussi large à l'expression «conclusion de droit» afin d'assurer que les droits individuels des personnes que l'interdiction vise à protéger soient équitablement protégés dans le processus coercitif et inquisitoire des enquêtes publiques. Cela nous oblige donc à examiner l'effet juridique des constatations de fait ainsi que les déductions juridiques qui doivent découler de ces faits, et ce même si aucune conclusion de culpabilité comme telle n'est exprimée dans les conclusions ou constatations d'un commissaire, sans pour autant aller jusqu'à se livrer à de simples conjectures au sujet d'une éventuelle responsabilité juridique découlant des conclusions ou constatations formulées dans un rapport.

Le juge en chef Daigle s'est alors employé à 52 disséquer les conclusions du commissaire à la lumière des exigences spécifiques du *Code criminel* et de la common law, ce qui l'a amené à conclure comme suit²⁶:

[TRADUCTION] Ayant à l'esprit la définition de la négligence civile et ses quatre éléments constitutifs qui sont le devoir, le manquement au devoir, le préjudice et la causalité, je statue que la constatation selon laquelle «les agents et employés responsables du soin et de la sécurité des détenus de l'École de formation ont omis de prendre toute mesure pertinente réaliste et qu'ils ont par le fait même déçu . . . les détenus . . .» constitue l'expression d'une conclusion de droit relative à la responsabilité civile de ces employés à cause de ce qu'ils ont fait ou omis de faire dans l'exercice de leurs fonctions . . .

Voilà, je le dis avec égard, qui confirme le danger 53 d'ériger en principe d'application générale le test formulé dans *Nelles* et qui illustre bien l'impasse à laquelle mènerait inévitablement une application littérale de ce principe. Paradoxalement, les termes même du mandat confié au commissaire Grange

sioner Grange in *Nelles*, which the Supreme Court did not question in *Starr*, sabotages the appellants' position. That mandate permitted the Commissioner, *inter alia*:²⁷

3) to inquire into and report on and make any recommendations with respect to how and by what means children who died . . . came to their deaths;

4) to inquire into, determine and report on the circumstances surrounding the investigation, institution, and prosecution of charges arising out of the deaths of the above mentioned four infants;

If a commissioner's powers were as limited as the appellants contend, not only would Commissioner Grange not have had the power to name names in *Nelles*; to all intents and purposes, he would have been incapable of reporting on his inquiry.

54 I therefore conclude that the test applied in *Nelles* and approved in *Starr* is not applicable to public inquiries that are not concerned with the commission of particular crimes. There is no similarity between the public reaction to a report concerning a particular crime and the public reaction to a report that is as general in scope as the one that Commissioner Krever is preparing to publish.

55 That does not mean that the Commissioner can say whatever he wants, however he wants, as his counsel suggested at the hearing. Certainly he cannot state an opinion that one or another of the appellants is criminally or civilly liable for its acts or omissions. Certainly, too, he cannot get around this prohibition by using terms that, while less precise, would to all intents and purposes suggest that this essentially is his opinion. The more a commissioner uses terms that have hallowed legal meaning, the more he will expose himself to having his findings viewed by the courts, in the exercise of their supervisory power, as determinations of responsibility.

(C) Application of these principles

56 What is the situation in this case?

dans *Nelles*, mandat que la Cour suprême n'a pas remis en question dans *Starr*, viennent saboter la thèse des appelants. Ce mandat, en effet, permettait au commissaire, entre autres²⁷:

[TRADUCTION]

3) faire enquête et rapport sur la façon et la manière dont les enfants sont morts et formuler des recommandations à cet égard;

4) faire enquête et rapport sur les circonstances et déterminer les circonstances qui ont entouré l'enquête, le dépôt et la poursuite des accusations découlant de la mort des quatre enfants ci-dessus mentionnés;

Si les pouvoirs d'un commissaire étaient aussi restreints que le prétendent les appelants, ce n'est pas seulement un nom que le commissaire Grange n'aurait pas eu le pouvoir de préciser dans *Nelles* et il aurait été à toutes fins utiles incapable de faire rapport sur son enquête.

J'en viens ainsi à la conclusion que le test appliqué dans *Nelles* et sanctionné dans *Starr* n'est pas applicable à des enquêtes publiques qui ne visent pas la perpétration de crimes précis. Il n'y a pas de commune mesure entre la réaction du public devant un rapport qui vise un crime particulier, et celle devant un rapport de portée aussi générale que celui que s'apprête à publier le commissaire Krever.

55 Ce n'est pas dire que le commissaire peut dire tout ce qu'il veut, de la manière dont il le veut, comme le laissaient entendre ses avocats à l'audience. Il est certain qu'il ne pourra pas se dire d'avis que l'un ou l'autre des appelants est criminellement ou civilement responsable de ses actes ou de ses omissions. Il est certain, aussi, qu'il ne pourra pas contourner cette interdiction en employant des termes qui, sans être aussi précis, laisseraient à toutes fins pratiques entendre que tel est, au fond, son avis. Plus un commissaire emploiera des termes consacrés sur le plan juridique, plus il s'exposera à ce que ses conclusions soient considérées par les tribunaux exerçant leur pouvoir de surveillance comme des déterminations de responsabilité.

C) Application de ces principes

Qu'en est-il, en l'espèce?

56

57 The impugned notices are not all worded in the same manner. I shall reproduce passages from some of them below in order to clarify the issues.

58 The notices served on the Red Cross,²⁸ Dr. Davey,²⁹ Dr. Perrault³⁰ and Mr. Weber³¹ are identical, to all intents and purposes. They take up about 24 pages and contain some 70 allegations, which in turn contain about a hundred sub-allegations. Each notice starts off, in paragraph 1, with a general allegation, which reads as follows:

... failed adequately to oversee, direct and provide resources for the operation of the Blood Transfusion Service (BTS) and Blood Donor Recruitment (BDR), at both the national and local level, and as a result contributed to and are responsible for the failures set out below; [Emphasis added.]

59 There follow a series of specific allegations, a few of which are illustrated below:

Red Cross

5. The CRC failed to implement in a timely manner, during January 13—March 10, 1983, any national donor-screening measures to reduce the risk of transfusion-associated AIDS, this failure causing unnecessary cases of transfusion-associated HIV infection and AIDS to occur. [Emphasis added.] [A.B., Vol. 10, at p. 1714.]

9. In 1984 and 1985, the CRC failed to expeditiously implement HTLV-111 screening of blood samples and this delay directly resulted in cases of transfusion-associated HIV and AIDS [Emphasis added.] [A.B., Vol. 10, at p. 1718.]

60 Much less detailed notices were served on the other appellant doctors who worked for the Red Cross. Those notices each contained from one to four allegations, including the following:

[X . . .], despite knowing that male donors who had sexual relations with men were at high risk for AIDS, failed throughout 1984-1985 to stop the collection of blood donations at clinics in [an area] that was known to be located within the gay community [Emphasis added.] [A.B., Vol. 10, at p. 1738.]

Les préavis attaqués n'ont pas tous le même libellé. J'en reproduis ci-après des extraits pour mieux situer le débat. 57

Les préavis signifiés à la Croix-Rouge²⁸, au D^r Davey²⁹, au D^r Perrault³⁰ et à M. Weber³¹ sont à toutes fins utiles identiques. Ils s'étendent sur quelque 24 pages et contiennent quelque 70 allégations, lesquelles contiennent à leur tour une centaine de sous-allégations. Chacun des préavis commence, en son paragraphe 1, par une allégation de nature générale dont voici le texte: 58

[TRADUCTION] . . . n'a pas suffisamment surveillé, dirigé et fourni les ressources pour le fonctionnement du Service des transfusions sanguines (STS) et du recrutement des donneurs de sang (RDS), tant au niveau national que local, et a par conséquent contribué aux défaillances énumérées ci-après, et en est responsable; . . . [Mon soulignement.]

Suivent une pléiade d'allégations spécifiques, dont voici quelques illustrations: 59

Croix-Rouge

[TRADUCTION] 5. La CRC n'a pas mis en œuvre au moment opportun, entre le 13 janvier et le 10 mars 1983, de mesures de sélection des donneurs au niveau national pour réduire le risque la transmission du Sida associé aux transfusions, cette omission causant des cas inutiles de transmission d'infection par VIH et du Sida. [Mon soulignement.] [D.A., vol. 10, à la p. 1714.]

[TRADUCTION] 9. En 1984 et 1985, la CRC n'a pas mis en œuvre promptement le processus de sélection HTLV-111 d'échantillons de sang, et ce retard a directement résulté en des cas d'infection par VIH et de Sida associés aux transfusions . . . [Mon soulignement.] [D.A., vol. 10, à la p. 1718.]

Des préavis beaucoup moins détaillés ont été signifiés aux autres médecins appelants qui œuvraient au sein de la Croix-Rouge. Ces préavis contiennent chacun entre une et quatre allégations, dont les suivantes: 60

[TRADUCTION] [X . . .], même en sachant que les donneurs masculins qui avaient des relations sexuelles avec des hommes présentaient des risques élevés de Sida, n'a pas, tout au long de 1984 et 1985, arrêté les collectes de sang dans des cliniques à [nom de l'endroit], reconnu comme étant situé au sein de la communauté homosexuelle . . . [Mon soulignement.] [D.A., vol. 10, à la p. 1738.]

[X . . .], despite knowing that non-heat-treated factor concentrates carried a greater risk of transmitting HIV and hepatitis, and despite having a substantial local inventory of heat-treated product by June 1985, distributed as much of the Centre's non-heat-treated product as possible prior to the general introduction of heat-treated product on July 1, 1995 as part of a planned depletion of the non-heat-treated inventory. [Emphasis added.] [A.B., Vol. 10, at p. 1762.]

[TRADUCTION] [X . . .], même en sachant que les concentrés de facteurs non chauffés comportaient un plus grand risque de transmission du VIH et d'hépatite, en même en disposant au niveau local, en juin 1985, d'un stock important de produits chauffés, a distribué en aussi grande quantité que possible des produits non chauffés du Centre avant l'introduction généralisée de produits chauffés le 1^{er} juillet 1995, ce qui faisait partie d'un écoulement planifié du stock de produits non chauffés. [Mon soulignement.] [D.A., vol. 10, à la p. 1762.]

61 The notice sent to Mr. Anhorn, the former operations manager in the blood products section of the Red Cross, contains 17 allegations, the first of which reads as follows:

Le préavis adressé à M. Anhorn, ancien gérant des opérations dans la section des produits sanguins de la Croix-Rouge, contient 17 allégations, dont la première se lit comme suit:

1. . . . participated in and was partially responsible for the failures set out below. [Emphasis added.] [A.B., Vol. 12, at p. 2136.]

[TRADUCTION] 1. . . . a participé aux défaillances énumérées ci-après, et en est partiellement responsable. [Mon soulignement.] [D.A., vol. 12, à la p. 2136.]

The sixteen other allegations are identical to those found between allegation 25 and allegation 42 in the notice given to the Red Cross.

Les 16 autres allégations sont identiques à celles qui se trouvent entre l'allégation n° 25 et l'allégation n° 42 dans le préavis donné à la Croix-Rouge.

62 The notice delivered to Connaught contains 10 allegations, including the following:

Le préavis adressé à Connaught contient 10 allégations, dont la suivante:

7. . . . in 1983 knowingly and wrongly advised the CRC that the factor concentrates being made from U.S. plasma and being supplied to the CRC by [Connaught] were not made from plasma collected in places of high AIDS prevalence. [A.B., Vol. 19, at p. 3550.]

[TRADUCTION] 7. . . . en 1983, a sciemment et incorrectement avisé la CRC que les concentrés de facteurs fabriqués à partir de plasma américain et fournis à la CRC par [Connaught] n'étaient pas fabriqués à partir de plasma recueilli à des endroits à forte prévalence de sida. [D.A., vol. 19, à la p. 3550.]

63 The notice served on Bayer contains 4 allegations, including the following:

Le préavis signifié à Bayer contient 4 allégations, dont la suivante:

3. Between 1982 and 1985, Bayer contributed to the failure to warn Canadian hemophiliacs of the risk of acquiring AIDS from the use of factor concentrates by acceding to requests of the Canadian Red Cross Society not to include warnings on products made by Bayer from Canadian-source plasma. [A.B., Vol. 13, at p. 2338.]

[TRADUCTION] 3. Entre 1982 et 1985, Bayer a contribué à l'omission d'avertir les hémophiles canadiens des risques de contracter le sida par suite de l'utilisation de concentrés de facteurs, en accédant aux demandes de la Société canadienne de la Croix-Rouge de ne pas inscrire d'avertissements sur les produits fabriqués par Bayer à partir de plasma de source canadienne. [D.A., vol. 13, à la p. 2338.]

64 Lastly, the notice served on Baxter contained only one allegation:

Enfin, le préavis signifié à Baxter contient une seule allégation:

1. After becoming aware in 1982 and thereafter of the possibility or likelihood that its factor concentrates transmitted the causative agent of AIDS, Baxter failed to take adequate steps to notify consumers and physicians of the risks associated with the use of its products and to advise that they consider alternative therapies. [A.B., Vol. 21, at p. 3882.]

[TRADUCTION] 1. Après s'être aperçue, en 1982 et après, de la possibilité ou de la probabilité que ses concentrés de facteurs aient transmis l'agent responsable du sida, Baxter n'a pas pris de mesures adéquates pour aviser les consommateurs et les médecins des risques associés à l'utilisation de ses produits et leur conseiller d'envisager des thérapies alternatives. [D.A., vol. 21, à la p. 3882.]

- 65 I acknowledge that the choice of certain expressions ("responsible for", for one, in the context of failures that allegedly contributed to the death of a number of people) and the imputation of intent based on mere knowledge of a fact ("despite knowing", for example), on their face, give the worrisome impression of being allegations of liability, indicating potential findings of liability.
- 66 However, it seems to me to be premature to assume the dramatic consequences that the appellants see therein.
- 67 The Commissioner may have sinned by excess of zeal in forging ahead with such detailed notices and prefacing the series of allegations, in the notices to the Red Cross, Dr. Davey, Dr. Perrault, Mr. Weber and Mr. Anhorn, with an introductory paragraph which is not truly appropriate and which contains the unfortunate expression "responsible for". Certainly, when presented in that manner, one after another in a single document, the allegations appear more overwhelming than they would be if they were to be adopted, once they were spread out in the final report. Appearances may be deceiving; I do not intend to quash any notice on the basis of mere appearances.
- 68 The notices delivered to Connaught, Baxter and Bayer are less troubling. These appellants are asking that, based on the words chosen by the Commissioner and interpreting those words from a legal perspective, we impute to the Commissioner an intent to hold them responsible for the consequences of their respective failures. At this stage, I am not prepared to quash any notices on the strength of such a strained reading.
- 69 I am certain that the Commissioner will understand that he would be venturing onto dangerous ground if, in his final report, he were to persist in using some of the terms he used in the notices and in adopting turns of phrase that bear too close a resemblance to the expression of a conclusion of law. Subject to this caveat, I find that the Commissioner has not made allegations of misconduct in
- J'avoue que le choix de certaines expressions «*responsible for*» (est responsable), notamment, dans le contexte de manquements qui auraient contribué à la mort de plusieurs personnes) et l'attribution d'intention à partir de la simple connaissance d'un fait («*despite knowing*» (même en sachant), par exemple) ont à leur face même des relents, qui inquiètent, d'allégations de responsabilité menant possiblement à des conclusions de responsabilité.
- Il m'apparaît toutefois prématuré d'en tirer les conséquences dramatiques qu'en tirent les appelants.
- Le commissaire a peut-être péché par excès de zèle en y allant de préavis aussi détaillés et en faisant précéder la série d'allégations, dans les préavis à la Croix-Rouge, au D^{rs} Davey et Perrault, et MM. Weber et Anhorn, d'un paragraphe introductif qui n'est pas vraiment pertinent et qui contient l'expression malheureuse «*responsible for*» (est responsable). Il est certain que présentées de cette façon, les unes à la suite des autres dans un même document, les allégations paraissent plus accablantes qu'elles ne le seraient, si elles devaient être retenues, une fois dispersées dans le rapport final. Les apparences peuvent ici être trompeuses; je n'annulerai pas de préavis sur la base de simples apparences.
- Les préavis envoyés à Connaught, à Baxter et à Bayer sont moins troublants. Ces appelantes nous demandent d'imputer au commissaire, en raison des mots qu'il a choisis et en interprétant ces mots dans une perspective juridique, une intention de les rendre responsables des conséquences de leurs manquements respectifs. Je ne suis pas prêt, à ce stade, à annuler des préavis sur la foi d'une lecture aussi tendancieuse.
- Le commissaire comprendra, j'en suis certain, qu'il s'aventurerait en terrain dangereux s'il persistait, dans son rapport final, à utiliser certains des termes qu'il a utilisés dans les préavis et à adopter des tournures de phrases qui s'apparenteraient de trop près à l'expression d'une conclusion juridique. Sous réserve de cette mise en garde, j'en viens à la conclusion que le commissaire n'a pas formulé les

terms that amount to conclusions of law in respect of the appellants' civil or criminal liability. The attack mounted by the appellants on the basis of the actual content of the notices must be dismissed.

IV. The assurances given by the Commissioner

70 The appellants contend that the Commissioner limited his jurisdiction by giving them assurances that he would make no findings as to their civil or criminal liability; they assert that had they known the Commissioner's true intention, they would not have approved the rules of procedure that the Commissioner established at the commencement of the inquiry.

71 The comments which the appellants now raise against the Commissioner are as follows:³²

November 22, 1993:

It is not and it will not be a witch hunt. It is not concerned with criminal or civil liability. I shall make findings of fact. It will be for others, not for the commission, to decide what actions if any are warranted by those findings.

I shall not make recommendations about prosecution or civil liability. I shall not permit the hearings to be used for ulterior purposes, such as a preliminary inquiry of Examination for Discovery, or in aid of existing or future criminal or civil litigation.

As I interpret the terms of reference, the focus of the inquiry is to determine whether Canada's blood supply is as safe as it could be and whether the blood system is sound enough that no future tragedy will occur. For those purposes it is essential to determine what caused or contributed to the contamination of the blood system in Canada in the early 1980's. We intend to get to the bottom of that issue, let there be no mistake about that.

On February 14, 1994:

I have said and I repeat that criminal or civil proceedings are not my concern. No one is on trial here. This is an inquiry into facts that will form the foundation of import-

allégations de faute en des termes qui équivalent à des conclusions de droit relatives à la responsabilité civile ou criminelle des appelants. L'attaque des appelants fondée sur le contenu même des préavis doit être rejetée.

IV. Les assurances données par le commissaire

70 Les appelants prétendent que le commissaire a limité sa compétence en leur donnant des assurances à l'effet qu'il ne tirerait pas de conclusion sur leur responsabilité civile ou criminelle; ils affirment qu'eussent-ils connu l'intention véritable du commissaire, ils n'auraient pas approuvé les règles de procédure que le commissaire a définies au début de l'enquête.

71 Les propos que les appelants reprochent au commissaire sont les suivants³²:

Le 22 novembre 1993:

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une chasse aux sorcières. La présente enquête ne porte pas sur la responsabilité civile ou criminelle. Je tirerai des conclusions de fait. C'est à d'autres et non à la commission qu'il appartiendra de décider quelles mesures, s'il y a lieu, sont justifiées par ces conclusions.

Je ne ferai aucune recommandation au sujet de poursuites ou de responsabilité civile. Je ne permettrai pas que les audiences servent à d'autres fins, comme une enquête ou un interrogatoire préalable, ou qu'elles soient utilisées pour faciliter des poursuites civiles ou criminelles en cours ou à venir.

Suivant mon interprétation de mon mandat, l'enquête vise d'abord et avant tout à déterminer si les réserves de sang sont aussi sûres qu'elles pourraient l'être et à déterminer si le système canadien d'approvisionnement en sang est suffisamment sans danger pour garantir qu'aucune autre tragédie ne se produira. À cette fin, il est essentiel de déterminer ce qui a causé ou contribué à causer la contamination du système de collecte et de distribution du sang au Canada au début des années 1980. Nous avons l'intention d'aller jusqu'au fond de cette question; qu'il n'y ait aucune méprise à ce sujet.

Le 14 février 1994:

[TRADUCTION] J'ai déjà dit et je répète que je ne suis pas préoccupé par des poursuites au criminel ou au civil. On ne fait le procès de personne ici. Il s'agit d'une enquête

ant policy recommendations.

On October 17, 1994:

I said at the very outset of this Inquiry that the reason for hearing evidence is not for the purpose of advancing anybody's interest in any kind of litigation, civil or criminal.

On November 24, 1995:

I want to repeat what I have said before on more than one occasion that this is not a trial. No one, no person, or organization is on trial. This is not an adversary proceeding in which a party makes allegations against another party. It is an inquiry, inquisitorial in nature. Moreover it is my inquiry, not my counsel's inquiry.

I have no intention of making findings of liability or fault whether civil or criminal.

It is apparent, from my analysis of the terms of the mandate and of the power of the Commissioner to make findings of responsibility, that the appellants have misunderstood the substance of what the Commissioner said. He in no way limited his jurisdiction; quite the contrary, he described it as it was. The appellants were aware from the outset that the Commissioner would be getting to the bottom of things, but would refrain from determining civil or criminal liability on the part of anyone. The rules of procedure were laid down on the basis of this dual objective, they were followed throughout the Inquiry with no objection from the parties and the parties are ill-advised to object to them today. The only objection they may make that deserves the Court's attention at this stage of the Inquiry is the one relating to the circumstances in which the notices were delivered. It is this complaint that I shall now examine.

V. Procedural fairness

72 Mr. Justice Richard did a particularly careful analysis of the procedures adopted by the Commissioner and the efforts he made throughout the hearings to meet the requirements of procedural fairness.

sur des faits sur lesquels reposeront d'importantes recommandations de principe.

Le 17 octobre 1994:

[TRADUCTION] J'ai dit dès l'ouverture de la présente enquête que la Commission n'entend pas des témoignages pour défendre les intérêts de qui que ce soit dans quelque procès—civil ou criminel—que ce soit.

Le 24 novembre 1995:

[TRADUCTION] Je tiens à répéter ce que j'ai déjà dit à plusieurs reprises: il ne s'agit pas d'un procès. On ne fait le procès d'aucun individu ni d'aucune organisation. Il ne s'agit pas d'une procédure de type accusatoire dans le cadre de laquelle une partie formule des allégations contre une autre partie. Il s'agit d'une enquête de caractère inquisitoire. Qui plus est, c'est moi qui mène l'enquête, et non mon avocat.

Je n'ai aucunement l'intention de tirer des conclusions au sujet de la responsabilité ou de la faute civile ou criminelle de qui que ce soit.

Il est évident, suite à l'analyse que j'ai faite des termes du mandat et du pouvoir du commissaire de formuler des conclusions de responsabilité, que les appelants se sont mépris sur la teneur des propos du commissaire. Ce dernier n'a aucunement limité sa compétence; il l'a, bien au contraire, décrite telle qu'elle était. Les appelants ont su dès le départ que le commissaire irait au fond des choses mais s'abstiendrait de déterminer la responsabilité civile ou criminelle de qui que ce soit. Les règles de procédure ont été définies en fonction de ce double objectif, elles ont été suivies tout au cours de l'enquête sans que les parties ne s'en plaignent et les parties sont malvenues à s'en plaindre aujourd'hui. Leur seule plainte qui mérite l'attention de la Cour, à ce stade de l'enquête, est celle reliée aux circonstances de l'envoi des préavis. C'est cette plainte que j'examinerai maintenant.

V. Équité procédurale

72 Le juge Richard a fait une analyse particulièrement soignée des procédures adoptées par le commissaire et des efforts déployés par ce dernier tout au cours des audiences pour satisfaire les exigences

These are general findings of fact that I have no hesitation in approving. Essentially, what the appellants are challenging is the Commissioner's decision to wait until the end of the hearings before giving the notices required by section 13. The appellants Baxter and Anhorn made additional arguments to which I shall return.

de l'équité procédurale. Ce sont là des conclusions générales de fait que j'endosse sans hésitation. Ce à quoi les appelants s'en prennent, essentiellement, c'est à la décision du commissaire d'attendre la fin des audiences avant de donner les préavis requis par l'article 13. Les appelants Baxter et Anhorn soulèveront des moyens additionnels sur lesquels je reviendrai.

73 The *Inquiries Act* does not impose any code of procedure. Section 2 of the terms of reference in fact authorizes the Commissioner "to adopt such procedures and methods as he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry". It is common ground that while a commissioner has all necessary latitude, the procedure he establishes must nonetheless respect the rules of procedural fairness, including those set out in sections 12 and 13 of the Act. The concept of procedural fairness is a shifting one; it changes depending on the type of inquiry and varies with the mandate of the commissioner and the nature of the rights that the inquiry might affect. A public inquiry under the *Inquiries Act* is not, I would point out, a trial, the report of a commissioner is not a judgment and his recommendations may not be enforced. Thus a commissioner has broad latitude and discretion, and the courts will question his procedural choices only in exceptional circumstances.

La *Loi sur les enquêtes* n'impose aucun code de procédure. L'article 2 du mandat autorise d'ailleurs le Commissaire «à adopter les méthodes et procédures qui lui apparaîtront les plus indiquées pour la conduite de l'enquête». Il est acquis que si un commissaire dispose de toute la latitude voulue, la procédure qu'il établit doit néanmoins respecter les règles d'équité procédurale, dont celles prévues aux articles 12 et 13 de la Loi. Le concept d'équité procédurale est un concept fuyant, qui évolue au gré des types d'enquête et varie selon le mandat du commissaire et la nature des droits que l'enquête est susceptible d'affecter. Une enquête publique en vertu de la *Loi sur les enquêtes* n'est pas, je le rappelle, un procès, le rapport d'un commissaire n'est pas un jugement et ses recommandations ne sont pas exécutoires. Aussi la marge de manœuvre et de discrétion d'un commissaire est-elle grande et les tribunaux ne remettront en question ses choix procéduraux que dans des circonstances exceptionnelles.

(A) Tardiness of the notices

A) La tardiveté des préavis

74 Section 13 requires "reasonable notice" ("*préavis suffisant*" in the French version). The words "reasonable" and "*suffisant*" include a content element and a time element. A person who receives a notice must have a good idea of the misconduct that is imputed to him or her and must have sufficient time, before the report is made, to prepare and present an adequate response.

L'article 13 exige un «préavis suffisant» («*reasonable*» dans le texte anglais). Il y a, dans les mots «suffisant» et «*reasonable*», un élément de contenu et un élément de temps. La personne qui reçoit un préavis doit avoir une bonne idée de la faute qui lui est imputée et elle doit disposer de suffisamment de temps, avant le dépôt du rapport, pour préparer et présenter une réponse adéquate.

75 The content of the notice may vary depending on when it is given: a notice given before the hearings commence will likely be less detailed than one given after the hearings have concluded.

Le contenu du préavis pourra varier selon le moment auquel il est donné: un préavis donné avant le début des audiences sera vraisemblablement moins détaillé que celui donné une fois les audiences complétées.

76 Section 13 does not indicate the point at which the notice must be given, other than to say that “no report shall be made against any person” before it is given. Section 12, which recognizes the right to counsel if a “charge”³³ is made “in the course of an investigation”, suggests that the giving of a notice automatically entitles a person to be represented by counsel, but offers no further assistance on the question of when the notice must be sent, other than that it must be “in the course of an investigation”. The appellants are not arguing section 12 in this case; they were all represented by counsel at the time they testified.

77 Accordingly, all that the Act tells us is that notice must be given “in the course of an investigation” and before the report is made. Even the word “investigation” is not defined and, in my view, it cannot be limited to the hearings proper; thus the notice might be given at the pre-inquiry stage, during the hearings, at the end of the hearings, or after the hearings have been formally concluded, provided, of course, that the person concerned had an opportunity in each case to be heard before the Commissioner made his report.

78 As well, there is no requirement anywhere that the notice be given to a person before he or she testifies. It would have been surprising were this otherwise, since there may surely be instances in which an allegation of misconduct acquires substance only after testimony is given. Nor does the Act impose a duty on a commissioner to give notice as soon as he or she foresees the possibility, and *a fortiori* becomes certain, of an allegation of misconduct. And nor does it impose a duty on him or her to inform the parties and potential witnesses, or anyone else, in advance, at the commencement of the inquiry, of the possibility that a notice may be given: the Act gives a commissioner the power to give notices, and whenever a public inquiry is conducted under the Act any person whose conduct may be connected, whether closely or otherwise, to the investigation must be aware that an allegation of misconduct would be made against him or her.

79 In short, the Commissioner enjoys considerable latitude, and is thereby permitted to use the method

L'article 13 n'indique pas à quel moment le préavis doit être donné, sinon que ce doit être avant «la rédaction d'un rapport défavorable». L'article 12, qui reconnaît le droit à l'assistance d'un avocat si une «accusation»³³ est portée «au cours de l'enquête», permet de dire que l'envoi d'un préavis donne automatiquement droit à l'assistance d'un avocat, mais n'éclaire pas davantage sur le moment auquel ce préavis doit être envoyé, si ce n'est que ce doit être «au cours de l'enquête». L'article 12 n'est pas invoqué par les appelants en l'espèce; ils étaient tous représentés par un avocat au moment de leur témoignage.

Tout ce que la Loi nous indique, par conséquent, c'est qu'un préavis doit être donné «au cours de l'enquête» et avant la présentation du rapport. Même le mot «enquête» n'est pas défini et ne saurait, à mon avis, être restreint aux audiences proprement dites; ainsi, le préavis pourrait être donné dès le stade de la pré-enquête, pendant les audiences, à la fin des audiences ou encore, après que les audiences soient formellement terminées, pourvu, bien sûr, que la personne concernée ait eu dans chaque cas la possibilité de se faire entendre avant que le commissaire ne dépose son rapport.

De même n'est-il exigé nulle part que le préavis soit donné à une personne avant qu'elle ne témoigne. Le contraire eût surpris, puisqu'il arrivera sûrement qu'une allégation de faute ne prenne chair qu'après un témoignage. La Loi n'impose pas non plus à un commissaire l'obligation de donner de préavis dès qu'il entrevoit la possibilité, et *a fortiori* dès qu'il acquiert la certitude, d'une allégation de faute. Elle ne lui impose pas, non plus, l'obligation d'informer à l'avance, en début d'enquête, les parties et les témoins éventuels ou quiconque, de la possibilité qu'il donne un préavis: la Loi lui confère le pouvoir de donner des préavis et dès lors qu'une enquête publique est menée en vertu de la Loi, toute personne dont la conduite peut être reliée de près ou de loin à l'enquête doit savoir qu'il est possible qu'une allégation de faute soit portée contre elle.

Bref, le commissaire bénéficie d'une latitude considérable, qui lui permet d'utiliser la méthode qui

76

77

78

79

best suited to the needs of his inquiry. I see no objection in principle to a commissioner waiting until the end of the hearings, when he or she has all the information that is required, to give notices, rather than taking a day to day approach to it, with the uncertainty and inconvenience that this might involve.

80 As well, like Mr. Justice Richard, I do not see how the appellants, with the exception of Anhorn, for reasons I shall state in a moment, can object to the method used by the Commissioner in this case. The Commissioner had never told the parties or the witnesses that he had no intention of giving notices, and as I noted earlier, he did not need to state that he would do so if the right circumstances arose. Section 13 had been discussed at the general meeting of the lawyers in November 1993, after which the Commission's rules of procedure were laid down by the Commissioner, with the agreement of the parties. I do not hesitate to note that greater transparency on the part of Commission counsel would have assisted in dispelling any confusion, but there is nothing there that would undermine the legality of the Inquiry. In particular, it ill behooves the Red Cross to say that it was taken by surprise, when it had received a notice at the stage of publication of the interim report.

81 The appellants were given an opportunity to respond to the notices and to adduce additional evidence, if necessary. The time they were given for doing this was a little short, I would agree, but the Commissioner was flexible and I am not in a position to say that it was impossible for the appellants to respond adequately within the time allowed or within a longer time frame, which they did not really make any attempt to obtain.

82 The appellants all declined to respond to the notices. The justification they gave for refusing was that they were convinced that the notices had been given illegally and that responding to them would amount to recognizing the Commissioner's jurisdiction to give them. I cannot sanction that sort of attitude. If the appellants chose not to respond,

s'adapte le mieux aux besoins de son enquête. Je ne vois ainsi aucune objection de principe à ce qu'un commissaire, au lieu d'y aller au jour le jour avec les incertitudes et les inconvénients que cela peut comporter, attende la fin des audiences, au moment où il dispose de toutes les informations dont il a besoin, avant de donner des préavis.

Aussi, à l'instar du juge Richard je ne vois pas en quoi les appelants, à l'exception d'Anhorn, pour les raisons que je donnerai sous peu, peuvent se plaindre en l'espèce de la méthode utilisée par le commissaire. Ce dernier n'avait jamais indiqué aux parties non plus qu'aux témoins qu'il n'avait pas l'intention de donner des préavis et comme je l'indiquais plus haut, il n'avait pas non plus à indiquer qu'il le ferait si les circonstances s'y prêtaient. Il avait été question de l'article 13 lors de la réunion générale des avocats, en novembre 1993, à la suite de laquelle les règles de procédure de la Commission avaient été définies par le commissaire avec l'accord des parties. Je ne cache pas qu'une plus grande transparence de la part des avocats du commissaire aurait permis de dissiper toute confusion, mais il n'y a pas là de quoi remettre en question la légalité de l'enquête. La Croix-Rouge est particulièrement malvenue de se dire étonnée, elle qui avait reçu un préavis au stade de la publication du rapport provisoire.

Les appelants se sont vu accorder l'opportunité de répondre aux préavis et de faire au besoin une preuve additionnelle. Le délai dont ils disposaient pour ce faire était, j'en conviens, un peu court, mais le commissaire était flexible et je ne suis pas en mesure de dire que les appelants se trouvaient dans l'impossibilité de répondre adéquatement à l'intérieur du délai prescrit ou d'un délai plus long qu'ils n'ont pas véritablement cherché à obtenir.

Les appelants ont tous refusé de répondre aux préavis. Ils justifient leur refus par leur conviction que ces préavis ont été donnés illégalement et qu'y répondre eût été reconnaître la compétence du commissaire de les donner. Je ne saurais cautionner pareille attitude. Si les appelants ont choisi de ne pas répondre, dans la seule attente d'une décision de la

simply on the assumption that this Court would make a decision favourable to them, they have no one to blame but themselves.

Cour qui leur serait favorable, ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes.

(B) The cases of Baxter and Anhorn

B) Les cas de Baxter et d'Anhorn

83 The appellants Baxter and Anhorn raised additional arguments relating to the fact that, unlike the other appellants, they were not parties to the Inquiry and were not represented by counsel throughout the hearings. They claim to have a sort of special status: in their case, the notices should have been given to them earlier and should have set out, in addition to the allegations of misconduct, the evidence on which the allegations were based.

83 Les appelants Baxter et Anhorn soulèvent des arguments additionnels qui sont reliés au fait que contrairement aux autres appelants, ils n'étaient pas parties à l'enquête ni représentés tout au long des audiences par des avocats. Ils revendiquent en quelque sorte un statut particulier: les préavis, dans leur cas, auraient dû leur être donnés plus tôt et indiquer en plus des allégations de faute les éléments de preuve sur lesquels ces allégations s'appuyaient.

(a) The case of Baxter

a) Le cas de Baxter

84 In the early 1980s, Baxter was involved in the production of Factor VIII, a heat-treated blood product used mainly by hemophiliacs to replace untreated coagulation products. The delay experienced in switching from untreated to heat-treated products was one of the questions that the Wilbee Report had been unable to answer and it was certain that the Commission would be trying to answer it. Baxter's name appeared in the Wilbee Report and Baxter knew or ought to have known that its conduct would be examined in the course of the Inquiry, even though it had played a lesser role during the 1980s than had Connaught and Bayer. Baxter deliberately chose not to seek standing as a participant; it believed that its conduct would be of little interest to the Commission. It took a risk, and this was a calculated risk. Today, it must bear the consequences. I do not see why, in the circumstances, the Commissioner should be required to adopt a special procedure in respect of Baxter, which would moreover place Baxter at an advantage in relation to the other individuals or corporations which had deemed it advisable to obtain participant standing.

84 Baxter avait été impliquée au début des années 1980 dans la production du facteur VIII, un produit sanguin chauffé utilisé principalement par les hémophiles en remplacement des produits de coagulation non chauffés. Le délai encouru dans la transition des produits non chauffés aux produits chauffés était une des questions auxquelles le rapport Wilbee n'avait pu donner de réponse et il était certain que la Commission allait tenter d'y répondre. Le nom de Baxter apparaissait dans le rapport Wilbee et Baxter savait ou aurait dû savoir que sa conduite serait examinée au cours de l'enquête, même si son rôle dans les années 1980 avait été moindre que celui de Connaught et de Bayer. Baxter a choisi délibérément de ne pas demander le statut de participant; elle croyait que sa conduite serait de peu d'intérêt pour la Commission. Elle a couru un risque. C'était un risque calculé. Elle doit aujourd'hui en assumer les conséquences. Je ne vois pas pourquoi le commissaire serait tenu dans les circonstances d'adopter à son égard une procédure distincte qui, par surcroît, l'avantagerait par rapport aux autres personnes ou sociétés qui avaient jugé opportun, elles, d'obtenir un statut de participant.

85 I am not saying that the Commissioner may do as he likes in relation to a person who had not obtained standing. I am saying that he must act in relation to that person, as he does in relation to the participants,

85 Je ne dis pas qu'un commissaire peut agir à sa guise avec une personne qui n'a pas obtenu le statut de participant. Je dis qu'il doit agir à l'égard de cette personne, comme à l'égard des participants, à

having regard to all of the circumstances. For instance, when the evidence presented at the Inquiry establishes that a person who is not participating in it is at risk of being put on the hot seat, or when the Commissioner's concerns take a different tack and focus on new targets, the Commissioner, in all fairness to the persons concerned, would perhaps be well advised to warn them as promptly as possible. There is, I repeat, no general rule. In the case of Baxter, there was nothing that obliged the Commissioner to do anything other than what he did.

86 On the question of identifying the relevant evidence, and this applies to Anhorn as well, no request for assistance was made to Commission counsel and the evidence indicates that Commission counsel were prepared to assist anyone who requested such assistance. It was therefore not practically impossible to prepare an adequate response.

87 I should also, before considering the case of Anhorn, immediately reject the procedural argument made by Baxter, which was that there was no evidence in the record on which the Commissioner could rely to make an allegation of possible misconduct against it. The Commission's record is not before us, and we are quite simply not in a position to evaluate the merits of this argument. Had the record been before us, we would have been extremely reluctant to allow ourselves to be persuaded by such an argument at the stage of the delivery of the notice, which is where we now are. If, as Baxter contends, there is no sufficient evidence in its regard, the Commission will surely refrain from making a finding of misconduct against it in the final report.

(b) The case of Anhorn

88 The case of Anhorn is of greater concern. Anhorn was operations manager in the blood products section of the Red Cross from 1982 to 1986, but left the Red Cross in July 1986 and severed all association with it. He has been employed by Connaught since July 1986. He did not consider it necessary to ask the Commission for standing and no counsel

la lumière de toutes les circonstances. Ainsi, dès lors que la preuve présentée lors de l'enquête révèle qu'une personne qui n'y participe pas court le risque de se retrouver sur la sellette ou dès lors que les préoccupations du commissaire changent de cap et se portent sur de nouvelles cibles, le commissaire, en toute justice pour les personnes concernées, serait peut-être bien avisé de les prévenir le plus rapidement possible. Il n'y a pas, je le répète, de règle générale. Dans le cas de Baxter, rien n'obligeait le commissaire à faire autrement qu'il a fait.

86 Sur la question de l'identification de la preuve pertinente, et ceci s'applique également à Anhorn, aucune demande d'aide n'a été faite auprès des avocats du commissaire et la preuve indique que ces derniers étaient prêts à venir en aide aux personnes qui en feraient la demande. Il n'y avait donc pas impossibilité pratique de préparer une réponse adéquate.

87 Aussi bien rejeter tout de suite, avant d'examiner le cas d'Anhorn, l'argument de nature procédurale avancé par Baxter à l'effet qu'il n'existerait pas de preuve au dossier sur laquelle le commissaire pouvait s'appuyer pour formuler une allégation de faute possible à son endroit. Le dossier de la Commission n'est pas devant nous et nous ne sommes tout simplement pas en mesure de juger du bien-fondé de cet argument. Le dossier eût-il été devant nous, nous aurions eu une réticence extrême à nous laisser convaincre par un tel argument au stade, où nous en sommes, de l'envoi du préavis. Si, comme le soutient Baxter, il n'y a pas de preuve suffisante en ce qui la concerne, le commissaire s'abstiendra sûrement de tirer une conclusion de faute à son endroit dans le rapport final.

b) Le cas d'Anhorn

88 Le cas d'Anhorn est plus préoccupant. Anhorn était gérant des opérations dans la section des produits sanguins de la Croix-Rouge, de 1982 à 1986, mais avait quitté celle-ci en juillet 1986 et cessé toute association avec elle. Il est à l'emploi de Connaught depuis juillet 1986. Il n'a pas jugé nécessaire de demander à la Commission un statut de

was retained to represent him at the hearings.

participant et aucun avocat n'avait été mandaté pour le représenter lors des audiences.

89 In 1992, even before the Commission was established, his employer Connaught had suggested that he consult a lawyer, Mr. Garbig, to advise him when there was a danger, for the purposes of his work with Connaught, that he might breach the duty of confidentiality to which he was bound by the contract he entered into with the Red Cross, his former employer, during his employment there. Mr. Garbig's fees were paid by Connaught.

En 1992, donc avant même l'établissement de la Commission, son employeur Connaught lui avait suggéré de consulter un avocat, M^e Garbig, pour le conseiller lorsqu'il y avait danger, pour les fins de son travail chez Connaught, qu'il manque à l'obligation de confidentialité qu'il avait contractée auprès de la Croix-Rouge, son ancien employeur, au moment où il était à son service. Le paiement des honoraires de M^e Garbig était assumé par Connaught.

89

90 In the fall of 1994, Anhorn offered to assist the Commission. In the spring of 1995, he attended for a few days during part of the examination of Drs. Perrault and Davey, at the point when they were explaining his role in purchasing blood products for the Red Cross during the 1980s.

À l'automne de 1994, Anhorn avait offert son aide à la Commission. Au printemps de 1995, il avait assisté pendant quelques jours à une partie de l'interrogatoire des D^{rs} Perrault et Davey, au moment où ces derniers avaient fait état de son rôle dans l'achat de produits sanguins pour la Croix-Rouge dans les années 1980.

90

91 In September 1995, he was summoned to appear before the Commission as a witness. It was at that point that Mr. Garbig, who had until then not participated in the proceedings of the Commission, became his counsel at the Commission. Mr. Garbig's fees for his services to Anhorn at the Commission were paid by Connaught.

En septembre 1995, il a été assigné à comparaître comme témoin devant la Commission. C'est à ce moment que M^e Garbig, qui n'avait pas jusque-là participé aux travaux de la Commission, devint son avocat devant celle-ci. Les honoraires de M^e Garbig pour les services qu'il rendait à Anhorn devant la Commission étaient payés par Connaught.

91

92 According to Anhorn, no one ever told him, and he himself never thought, whether before, during or after being examined, that the Commissioner was contemplating the possibility of making findings of misconduct against him or against anyone else. He was convinced that the Commissioner's only concerns related to the safety of the blood supply in the future. Accordingly, it was on his instructions that, when he was examined, his lawyer asked him no questions and entered no documents. It is plain from the evidence that Commission counsel knew, when they met with Anhorn in early September 1995 and when they formally questioned him about seven days later, that his conduct was likely to lead to allegations of misconduct being made against him.

Aux dires d'Anhorn, personne ne lui a jamais dit, et il n'a lui-même jamais pensé, avant, pendant et après son interrogatoire, que le commissaire envisageait la possibilité de tirer contre lui ou contre qui que ce soit des conclusions de faute. Il était convaincu que les seules préoccupations du commissaire portaient sur la sécurité de l'approvisionnement futur en sang. Aussi, est-ce sur ses instructions que son avocat, lors de l'interrogatoire, ne lui posa aucune question et ne déposa aucun document. Il ressort de la preuve que les avocats du commissaire savaient, au moment où ils ont rencontré Anhorn au début de septembre 1995 et lorsqu'ils l'ont interrogé formellement quelque sept jours plus tard, que sa conduite était susceptible de mener à la formulation d'allégations de faute à son égard.

92

93 Because Anhorn was not a party to the Inquiry, he did not receive the memorandum sent to the

Comme Anhorn n'était pas partie à l'enquête, il n'a pas reçu la note envoyée aux parties par la Com-

93

parties by the Commission on October 26, 1995. He was therefore extremely surprised, on December 22, 1995, when his lawyer was served with the notice which, moreover, gave him only until January 10, 1996, to inform the Commissioner of his intention to respond in person or by counsel.

94 The content of the notice itself is most revealing, knowing as we do that Anhorn was not represented at the hearings other than when he gave his own testimony. The notice sets out a general allegation in which he is said to be partially responsible for the failures set out thereafter, and sixteen specific allegations in which his name does not appear anywhere and which are, in reality, a carbon copy of the allegations made against the Red Cross, Drs. Davey and Perrault and Mr. Weber in the notices given to them. It is clear to me that Commission counsel had put him in the same basket as the parties or witnesses who were represented by Red Cross counsel and did not consider it necessary to individualize the notice they gave him any further. The work done by Commission counsel was so haphazard, as it related to Anhorn, that at least two of the allegations—allegations 15 and 17—refer to incidents that allegedly occurred at the Red Cross months after he ceased to be employed there.

95 Since Mr. Justice Richard did not consider Anhorn's case specifically, it falls to me to consider whether, in the circumstances, procedural fairness was not observed.

96 The case of Anhorn is nothing if not unique. He has, in a way, been caught between his former employer, the Red Cross, and his present employer, Connaught, which had participant standing before the Commission. Counsel for the Red Cross did not represent him as a former employee, since he was now employed by Connaught, nor did counsel for Connaught represent him, since at the time that is the subject of the Inquiry he was a Red Cross employee.

97 Commission counsel quickly realized, by the spring of 1995 at the latest, when Drs. Davey and

mission, le 26 octobre 1995. Aussi, fut-il des plus surpris, le 22 décembre 1995, lorsque son avocat reçut signification du préavis, lequel, par surcroît, lui donnait seulement jusqu'au 10 janvier 1996 pour informer le commissaire de son intention d'y répondre en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat.

94 Le contenu même du préavis est révélateur quand on sait qu'Anhorn n'était pas représenté lors des audiences si ce n'est au moment de son propre témoignage. Le préavis fait état d'une allégation générale dans laquelle on le dit en partie responsable des manquements qui suivent, et de seize allégations spécifiques dans lesquelles son nom n'apparaît nulle part et qui sont en réalité une copie carbone d'allégations imputées à la Croix-Rouge, aux D^{rs} Davey et Perrault et à M. Weber dans les préavis donnés à ces derniers. Il me paraît clair que les avocats du commissaire l'avaient mis dans le même panier que ces parties ou témoins représentés par les avocats de la Croix-Rouge et ne jugeaient pas nécessaire de personnaliser davantage le préavis qu'ils lui donnaient. Le travail des avocats du commissaire est à ce point bâclé, en ce qui a trait à Anhorn, qu'au moins deux des allégations—les allégations n^o 15 et 17—renvoient à des incidents qui se seraient produits à la Croix-Rouge des mois après qu'il eût cessé d'être à l'emploi de celle-ci.

95 Le juge Richard ne s'étant pas penché de façon particulière sur le cas d'Anhorn, il me revient d'examiner s'il y a eu, dans les circonstances, manquement à l'équité procédurale.

96 Le cas d'Anhorn est on ne peut plus particulier. Il s'est trouvé en quelque sorte coincé entre la Croix-Rouge, son ancien employeur, et Connaught, son employeur actuel, lesquels avaient statut de participant devant la Commission. Les avocats de la Croix-Rouge ne le représentaient pas comme ancien employé, car il était maintenant à l'emploi de Connaught, et les avocats de Connaught ne le représentaient pas davantage puisqu'à l'époque sous enquête il était l'employé de la Croix-Rouge.

97 Les avocats du commissaire ont vu très rapidement, et au plus tard au printemps de 1995 lors de

Perrault were examined, that Anhorn was a target. They also knew that he was not participating in the Inquiry and that Red Cross counsel were not representing him. It is clear from the evidence that Commission counsel did not forewarn him as to what the subject of his testimony would really be.

98 In the circumstances, I find it unacceptable that Commission counsel did not inform Anhorn in the spring of 1995 of the possibility that he would be summoned as an important witness, that they did not caution him of the dangers lying in wait for him when he was examined, that they left him out of the process of the invitations sent to the parties on October 26, 1995, that they waited until the very end of the hearings to give him a notice containing allegations that were so numerous, so important and so little identified with his own conduct and that were, in certain cases, false on their face, and that they gave him so little time to react.

99 In these circumstances, I cannot do otherwise than quash the notice given to Anhorn. We have here the type of situation that I described earlier, in which a commissioner must, in all fairness to a person who is targeted, offer the person an opportunity to participate in the proceedings of the Commission and play fair with him.

VI. Participation of Commission counsel in the preparation of the final report

100 The Red Cross is the only one of the appellants that is asking the Court to prohibit Commission counsel from participating in the preparation of the final report. It is no longer arguing in this Court that Commission counsel exhibited bias during the Inquiry. Rather, it is arguing, first, that counsel for the Commission contributed to the preparation of the notices and thereby took a position against the appellants, and second, that they had access to confidential submissions made by the parties in response to the invitation sent to them on October 26, 1995, that some of that information was not brought to the attention of the Commissioner or of

l'interrogatoire des D^{rs} Davey et Perrault, qu'Anhorn serait une personne cible. Ils savaient également qu'il ne participait pas à l'enquête et que les avocats de la Croix-Rouge ne le représentaient pas. Il ressort de la preuve que les avocats du commissaire ne l'ont pas prévenu de ce sur quoi porterait véritablement son témoignage.

98 Je juge inacceptable, dans ces circonstances, que les avocats du commissaire n'aient pas informé Anhorn dès le printemps de 1995 des possibilités qu'il soit assigné comme témoin important, qu'ils ne l'aient pas mis en garde contre les dangers qui le guettaient lors de son interrogatoire, qu'ils l'aient tenu à l'écart du processus d'invitations lancées aux parties le 26 octobre 1995, qu'ils aient attendu la toute fin des audiences pour lui donner un préavis contenant des allégations aussi nombreuses, aussi importantes, aussi peu identifiées à sa conduite propre et, dans certains cas, fausses à leur face même, et qu'ils lui aient donné un délai aussi court pour réagir.

99 Le préavis donné à Anhorn ne peut, dans ces circonstances, qu'être annulé. Il s'agit de ce genre de situation que je décrivais plus haut où un commissaire doit, en toute justice pour une personne cible, offrir à celle-ci l'opportunité de participer aux travaux de la Commission et jouer franc jeu avec elle.

VI. Participation des avocats de la Commission à la rédaction du rapport final

100 La Croix-Rouge est le seul des appelants qui demande à la Cour d'interdire aux avocats de la Commission de participer à la rédaction du rapport final. Elle n'allègue plus devant nous que les avocats de la Commission ont fait preuve de partialité pendant l'enquête. Elle allègue plutôt, dans un premier temps, que ces avocats ont contribué à la préparation des préavis et ont ainsi pris position contre les appelants et dans un second temps, qu'ils ont eu accès à des observations confidentielles soumises par les parties en réponse à l'invitation qui leur avait été lancée le 26 octobre 1995, qu'une partie de ces informations n'a pas été portée à la connaissance du

the appellants (which was confirmed by Commissioner counsel at the hearing) and that accordingly there is a risk that the Commissioner may base certain findings in his report on evidence that is not in the record.

commissaire non plus qu'à celle des appelants (ce qui a été confirmé à l'audience par le procureur du commissaire) et qu'en conséquence il y a danger que le commissaire fonde certaines conclusions de son rapport sur des éléments de preuve qui ne sont pas au dossier.

101 With respect to the first argument, the notices state no finding by the Commissioner or his counsel and cannot be said, at this stage, to disclose any bias whatever on their part. With respect to the second argument, I am of the view, like Mr. Justice Richard, that this argument is premature in that the Commissioner has not, to our knowledge, made a final decision as to the role, if any, that he intends to assign to his counsel in the preparation of the final report.

En ce qui a trait au premier argument, les préavis 101 n'expriment aucune conclusion du commissaire ou de ses procureurs et ne sauraient révéler à ce stade quelque parti pris que ce soit de leur part. En ce qui a trait au second argument, je suis d'avis, comme le juge Richard, que cet argument est prématuré car le commissaire n'a pas, que l'on sache, pris de décision quant au rôle, s'il en est, qu'il entend confier à ses avocats dans la rédaction du rapport final.

102 We must be careful not to impose too strict standards on a commissioner who is conducting a public inquiry of the nature and scope of this Inquiry, in terms of the role he may assign to his counsel once the actual hearings have concluded. A final report is not a decision and the case law that may have developed in relation to decisions made by administrative tribunals, particularly in disciplinary matters, does not apply.³⁴ We must be realistic and pragmatic.³⁵ The Commissioner will not likely be able to write all of his report himself, or verify the accuracy of the facts set out in it on his own, any more than he could reasonably have asked all the questions during the examination of witnesses or sift through the hundreds of documents that were introduced. What is important is that the findings he makes in his report be his own. If, in order to make those findings, he considers it advisable to seek the assistance of one or more of his counsel, including those who conducted the examination of witnesses, in relation to questions of fact, evidence and law, he must have broad latitude to do so.

Il faut se méfier d'imposer à un commissaire qui 102 mène une enquête publique de la nature et de l'envergure de celle-ci, des normes trop strictes relativement au rôle qu'il peut confier à ses avocats une fois les audiences proprement dites terminées. Un rapport final n'est pas une décision et la jurisprudence qui a pu se développer relativement aux décisions prises par des tribunaux administratifs, notamment en matière disciplinaire, n'est pas applicable³⁴. Il faut être réaliste et pragmatique³⁵. Le commissaire ne pourra vraisemblablement pas rédiger lui-même la totalité de son rapport ni vérifier seul l'exactitude des faits qui y seront décrits, pas plus qu'il ne pouvait raisonnablement poser lui-même toutes les questions pendant l'interrogatoire des témoins ni passer lui-même au crible les centaines de documents qui étaient produits. Ce qui importe, c'est que les conclusions qu'il tirera dans son rapport soient les siennes. S'il juge opportun, pour y parvenir, de demander l'aide d'un ou de plusieurs de ses avocats, y compris ceux qui ont procédé à l'interrogatoire des témoins, relativement à des questions de fait, de preuve et de droit, il doit disposer d'une grande marge de manœuvre.

103 This being said, it is one thing to seek the assistance of counsel who participated in the examination of witnesses and it is another to seek the assistance of counsel who have reviewed confidential submissions that were not disclosed to the appellants.

Cela dit, c'est une chose que de se faire aider par 103 des avocats qui ont participé à l'interrogatoire des témoins, c'en est une autre que de se faire aider par des avocats qui ont pris connaissance d'observations confidentielles qui n'ont pas été communiquées aux

The method adopted at the very end of the hearings for inviting submissions from the parties was particularly dangerous in that it opened the door to the possibility that a person in respect of whom unfavourable findings of fact would be made in the final report might not have had knowledge of all of the evidence relating to that person. Since the harm has been done, I am satisfied that the Commissioner will not seek advice from those of his counsel who know things of which he and the appellants do not have knowledge.

Disposition

104 I am consequently of the opinion that the appeal by the Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guévin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi should be dismissed; and that the cross-appeals by Connaught Laboratories Limited, Bayer Inc. and Baxter Corporation should be dismissed.

105 With respect to the cross-appeal by Craig A. Anhorn, I am of the opinion that it should be allowed, that the notice given to him by Commissioner Krever on December 21, 1995 under section 13 of the *Inquiries Act* should accordingly be quashed, and that the Commissioner should be prohibited from making findings of misconduct against Craig A. Anhorn in his final report.

106 No costs will be awarded. The appellants and the respondent Commissioner agreed that no costs would be claimed, and the intervenors, who did claim costs, have not satisfied me that their participation in the appeal was so essential and decisive that the Court should deviate from its usual policy of not awarding costs to intervenors.

STRAYER J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

appelants. La méthode employée à la toute fin des audiences pour recueillir les observations des parties était particulièrement dangereuse car elle ouvrait la porte à la possibilité qu'une personne à l'égard de laquelle des conclusions de fait défavorables seraient tirées dans le rapport final n'ait pas eu connaissance de toute la preuve qui la concernait. Le mal étant fait, je suis persuadé que le commissaire ne cherchera pas conseil auprès de ceux de ses avocats qui savent des choses que lui-même et les appelants ne savent pas.

Dispositif

Je suis en conséquence d'avis de rejeter l'appel de 104 la Société canadienne de la Croix-Rouge, de George Weber, du D^f Roger A. Perrault, du D^f Martin G. Davey, du D^f Terry Stout, du D^f Joseph Ernest Côme Rousseau, du D^f Noel Adams Buskard, du D^f Raymond M. Guévin, du D^f John Sinclair MacKay, du D^f Max Gorelick, du D^f Roslyn Herst et du D^f Andrew Kaegi; et de rejeter les appels incidents de Connaught Laboratories Limited, de Bayer Inc. et de Baxter Corporation.

En ce qui concerne l'appel incident de Craig A. 105 Anhorn, je suis d'avis de l'accueillir, d'annuler en conséquence le préavis que lui a donné le commissaire Krever le 21 décembre 1995 en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* et d'interdire au commissaire d'imputer une faute à Craig A. Anhorn dans son rapport final.

Il n'y a pas lieu d'accorder de dépens. Les appe- 106 lants et le commissaire intimé se sont entendus pour ne point les réclamer, et les intervenants, qui les réclament, ne m'ont pas convaincu que leur participation à l'appel était à ce point essentielle et déterminante que la Cour doive dévier de sa politique habituelle de ne pas accorder de dépens à des intervenants.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis d'accord.

¹ R.S.C., 1985, c. I-11.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-11.

² The word “*inconduite*” (in the French version) is incorrect; the word “*faute*” has been used in s. 13 since the 1985 revision of the federal statutes, and it was preceded by the expression “*mauvaise conduite*”. I would also note that the terms in which ss. 12 and 13 are framed bear more relation to departmental inquiries conducted under Part II than to public inquiries conducted under Part I. It would certainly appear that this Act is badly in need of revision.

³ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 3 F.C. 259 (T.D.).

⁴ 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].

⁵ R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

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*. [Emphasis added.]

⁶ [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 526.

⁷ Wilbee Report, at p. 25.

⁸ [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 80.

⁹ *Supra*, note 3, at pp. 303-304.

¹⁰ *Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre)*, [1996] N.B.J. No. 272 (Q.B.) (QL).

¹¹ See: *Gage v. Ontario (Attorney-General)* (1992), 90 D.L.R. (4th) 537 (Ont. Div. Ct.); *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181 (C.A.); *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (1996), 28 O.R. (3d) 460 (Gen. Div.).

¹² 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995, at pp. 703-704.

¹³ [1995] 2 S.C.R. 97, at pp. 137-138.

¹⁴ (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), at p. 491. See also *Braaten v. Sargent and Attorney-General for British Columbia* (1967), 61 D.L.R. (2d) 678 (B.C.S.C.), at pp. 692-693.

¹⁵ *Supra*, note 13, at pp. 139-140.

² Le mot «*inconduite*» est incorrect; c’est le mot «*faute*» qui est utilisé à l’art. 13 depuis la refonte des lois fédérales en 1985, et c’était l’expression «*mauvaise conduite*» qui l’avait précédé. Je note par ailleurs que les art. 12 et 13 sont rédigés en des termes qui renvoient davantage aux enquêtes ministérielles menées en vertu de la partie II qu’aux enquêtes publiques menées en vertu de la partie I. Cette Loi, de toute évidence, est en mal de révision.

³ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l’enquête sur l’approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 3 C.F. 259 (1^{re} inst.).

⁴ 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].

⁵ L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).

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*. [Mon soulignement.]

⁶ [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 526.

⁷ Le rapport Wilbee, à la p. 27.

⁸ [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 80.

⁹ *Supra*, note 3, aux p. 303 et 304.

¹⁰ *Richards v. New Brunswick (Commission of Inquiry into the Kingsclear Youth Training Centre)*, [1996] N.B.J. n° 272 (B.R.) (QL).

¹¹ Voir: *Gage v. Ontario (Attorney-General)* (1992), 90 D.L.R. (4th) 537 (C. div de l’Ont.); *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181 (C.A.); *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (1996), 28 O.R. (3d) 460 (Div. gén.).

¹² 5^e éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1995, aux p. 703 et 704.

¹³ [1995] 2 R.C.S. 97, aux p. 137 et 138.

¹⁴ (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), à la p. 491. Voir aussi *Braaten v. Sargent and Attorney-General for British Columbia* (1967), 61 D.L.R. (2d) 678 (C.S.C.-B), aux p. 692 et 693.

¹⁵ *Supra*, note 13, aux p. 139 et 140.

¹⁶ Schwartz, Bryan, "Public Inquiries", in 1990 Isaac Pitblado Lectures, *Public Interest v. Private Rights: Striking the Balance in Administrative Law*, at pp. 264-265.

¹⁷ (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.).

¹⁸ [1990] 1 S.C.R. 1366, at pp. 1398-1399.

¹⁹ [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 596.

²⁰ *Supra*, note 13, at p. 149.

²¹ [1976] 2 S.C.R. 9, at pp. 24-25.

²² (1996), 30 O.R. (3d) 1 (C.A.), at p. 10.

²³ *Id.*, at pp. 22-29.

²⁴ *Supra*, note 17, at p. 221.

²⁵ *Supra*, note 10, at para. 82.

²⁶ *Supra*, note 10, at para. 87.

²⁷ *Re Nelles and Grange, supra*, note 17, at p. 214.

²⁸ A.B., Vol. 10, at p. 1713 *et seq.*

²⁹ A.B., Vol. 10, at p. 1739 *et seq.*

³⁰ A.B., Vol. 10, at p. 1769 *et seq.*

³¹ A.B., Vol. 10, at p. 1795 *et seq.*

³² *Supra*, note 3, at pp. 295-296.

³³ The word "charge", like its counterpart "accusation" in the French version, has a criminal connotation which attests to the age of the Act and to the fact that in some respects it has become outmoded; in modern language, we shall say "allegations".

³⁴ See: *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.); *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1977), 15 O.R. (2d) 447 (Div. Ct.); *Adair v. Ontario (Health Disciplines Board)* (1993), 15 O.R. (3d) 705 (Div. Ct.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.); *Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.); *Bovbel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 563 (C.A.).

³⁵ See: R. J. Anthony and A. R. Lucas, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto: Butterworths, 1985, at pp. 144-145.

¹⁶ Schwartz, Bryan, «Public Inquiries», dans 1990 Isaac Pitblado Lectures, *Public Interest v. Private Rights: Striking the Balance in Administrative Law*, et aux p. 264 et 265.

¹⁷ (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.).

¹⁸ [1990] 1 R.C.S. 1366, aux p. 1398 et 1399.

¹⁹ [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 596.

²⁰ *Supra*, note 13, à la p. 149.

²¹ [1976] 2 R.C.S. 9, aux p. 24 et 25.

²² (1996), 30 O.R. (3d) 1 (C.A.), à la p. 10.

²³ *Id.*, aux p. 22 à 29.

²⁴ *Supra*, note 17, à la 221.

²⁵ *Supra*, note 10, au par. 82.

²⁶ *Supra*, note 10, au par. 87.

²⁷ *Re Nelles and Grange, supra*, note 17, à la p. 214.

²⁸ D.A., vol. 10, à la p. 1713 et s.

²⁹ D.A., vol. 10, à la p. 1739 et s.

³⁰ D.A., vol. 10, à la p. 1769 et s.

³¹ D.A., vol. 10, à la p. 1795 et s.

³² *Supra*, note 3, aux p. 295 et 296.

³³ Le mot «accusation», comme son pendant «charge» dans le texte anglais, a une connotation criminelle qui témoigne de l'ancienneté de la Loi et de sa désuétude à certains égards; en langage moderne, nous dirons «allégation».

³⁴ Voir: *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.); *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1977), 15 O.R. (2d) 447 (Div. gén.); *Adair v. Ontario (Health Disciplines Board)* (1993), 15 O.R. (3d) 705 (Div. gén.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.); *Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.); *Bovbel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 563 (C.A.).

³⁵ Voir: R. J. Anthony et A. R. Lucas, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto: Butterworths, 1985, aux p. 144 et 145.

T-1602-95

Jose Pereira E Hijos, S.A. and Enrique Davila Gonzalez (Plaintiffs)

v.

The Attorney General of Canada (Defendant)

INDEXED AS: JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—St. John's, May 15; Ottawa, December 13, 1996.

International law — Action for damages following boarding, seizure on high seas, subsequent arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Plaintiffs seeking to establish at trial amended Coastal Fisheries Protection Regulations ultra vires — Issue may be raised without reference in pleadings, particulars to specific international treaties, conventions, which will be applied only if incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing — To extent international conventions, treaties considered authority for international law principles, unnecessary to plead them specifically as not pleading facts, but law.

Crown — Torts — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegations of malicious prosecution struck as not all elements of tort established — No evidence corporate plaintiff charged with offence — As to master, absence of reasonable, probable cause — Plaintiffs' pleadings established those acting on behalf of defendants acted with reasonable, probable cause under Act, Regulations — Actions supported by presumption of validity of legislation — Applies until contrary finding at trial — References to piracy, other criminal activity struck as having legal significance only in regard to criminal activity.

Crown — Practice — Parties — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Action initiated against Attorney General, Minister of Fisheries and Oceans (MFO) — Ministers

T-1602-95

Jose Pereira E Hijos, S.A. et Enrique Davila Gonzalez (demandeurs)

c.

Le procureur général du Canada (défendeur)

RÉPERTORIÉ: JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—St. John's, 15 mai; Ottawa, 13 décembre 1996.

Droit international — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention subséquentes d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Les demandeurs entendaient faire au procès la preuve que le Règlement sur la protection des pêcheries côtières, modifié, est illégal — Cette question peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationaux spécifiques qui seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite — Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, puisque cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — L'allégation de poursuite abusive est radiée puisque tous les éléments constitutifs du délit ne sont pas établis — Aucune preuve que la demanderesse ait été inculpée d'une infraction — Quant au capitaine, absence de motif raisonnable et probable — Les plaidoiries des demandeurs établissent que les personnes ayant agi au nom des défendeurs se sont fondées sur des motifs raisonnables et probables aux termes de la Loi et du Règlement — Leurs mesures étaient appuyées par la présomption de validité d'un texte législatif — La présomption s'applique sauf si elle est réfutée au procès — Les mots qui renvoient à la piraterie et à d'autres formes de conduite criminelle sont radiés parce qu'ils ont une importance juridique uniquement dans le contexte des activités criminelles.

Couronne — Pratique — Parties — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Action intentée contre le procureur général et le minis-

should not be named as defendants where no claim against them in personal capacities — Federal Court Act, s. 48(1) directing, except where otherwise authorized, proceeding against Crown to be instituted in form set out in Schedule — Form 2(2) naming Her Majesty as sole defendant — Crown Liability and Proceedings Act, s. 23(1) providing proceedings against Crown may be taken in name of Attorney General — Optional whether Crown named as Attorney General of Canada or Her Majesty the Queen — Since alleged abuse of office struck, MFO struck from style of cause, statement of claim.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegation violation of Charter, s. 7 struck as disclosing no reasonable cause of action — Corporate plaintiff cannot claim rights under s. 7 — Complaint master of vessel treated differently than others based on nationality, within scope of s. 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Claim Coastal Fisheries Protection Regulations, by applying only to Spanish, Portuguese vessels authorizing unreasonable search, seizure, struck as disclosing no reasonable cause of action — Provisions governing search, seizure, use of reasonable force to detain vessels at sea not specifying nationality — Contravention of s. 10(b) right to retain, instruct counsel allowed to stand, provided amendment pleading facts underlying claim filed.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Statement of claim alleging Coastal Fisheries Protection Regulations, by prescribing measures applicable only to vessels of Spain, Portugal violated plaintiffs' s. 15 rights — While Regulations apply only to vessels, would ignore substantive effect of Regulations to preclude opportunity for argument at trial persons sailing vessels, ordinarily nationals of state whose flag vessel sails, directly affected by application of Regulations — Corporate plaintiff not having cause of action under s. 15.

tre des Pêches et Océans — Les ministres ne doivent pas être cités en qualité de défendeurs s'ils ne sont pas poursuivis à titre personnel — L'art. 48(1) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que, sauf autorisation différente, toute action contre la Couronne est intentée selon le modèle figurant à l'annexe — La formule 2(2) prévoit que Sa Majesté est la seule partie défenderesse — L'art. 23(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général — L'utilisation des mots Sa Majesté la Reine ou procureur général du Canada pour désigner l'État est facultative — L'allégation d'exercice abusif de fonctions ayant été radiée, le nom du ministre des Pêches et Océans est radié de l'intitulé de la cause et de la déclaration.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Allégation de violation de l'art. 7 de la Charte radiée pour absence de cause d'action raisonnable — La demanderesse ne peut invoquer les droits garantis par l'art. 7 — La plainte que le capitaine n'est pas traité comme d'autres en raison de sa nationalité relève de l'art. 15.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — L'allégation qu'en s'appliquant uniquement aux navires espagnols ou portugais, le Règlement sur la protection des pêcheries côtières vise à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies abusives, est radiée, parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable — Les dispositions régissant les fouilles, perquisitions et saisies, et l'usage de la force raisonnable pour la détention des navires en mer ne spécifient pas la nationalité — L'allégation de contravention au droit, garanti par l'art. 10(b), à l'assistance d'un avocat, est maintenue, sous condition de modification de la déclaration de façon à invoquer les faits à l'appui.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — La déclaration allègue que le Règlement sur la protection des pêcheries côtières, en prévoyant des mesures visant uniquement les navires espagnols et portugais, viole les droits que l'art. 15 garantit aux demandeurs — Le Règlement ne s'applique certes qu'aux navires, mais le fait d'empêcher les demandeurs de soutenir à l'instruction que les personnes pilotant ces navires, habituellement des ressortissants de l'État dont ils battent pavillon, seraient directement touchées par l'application du Règlement, aurait pour effet d'ignorer

Construction of statutes — Coastal Fisheries Protection Regulations — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Allegation vessel not subject to amendments because engaged in fishing voyage in international waters prior to enactment thereof struck — According to Statutory Instruments Act, Interpretation Act, Regulations in force March 2, 1995 — If intra vires, Regulations apply to plaintiff.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Portions of statement of claim, reply to demand for particulars — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Claiming damages for trespass, assault, malicious prosecution, negligent navigation — General principles on motion to strike — Objections to allegations relating to international law, malicious prosecution, infringement of Charter, ss. 7, 8, 10, 15 rights — Motion allowed in part.

Fisheries — Canada v. Spain “turbot war” — Canadian position Spanish vessels exceeding quota — Action for damages following boarding, seizure on high seas, arrest, detention of Spanish fishing trawler, arrest of master by Canadian authorities — Pleadings raising issue of vires of Coastal Fisheries Protection Regulations — Motion to strike portions of statement of claim, reply to demand for particulars relating to international law, Charter rights — Motion allowed in part.

This was a motion to strike portions of the statement of claim and of the plaintiffs' reply to demand for particulars, for an extension of time to file a defence, and amendment of the style of cause as it related to the defendants. The context of this litigation was the 1995 “turbot war” between Canada and Spain in which Canada's position was that Spanish vessels were exceeding their quota for Greenland halibut (turbot) in the North Atlantic Fishery Organization Convention Area (NAFO zone). The plaintiff, Jose Pereira E Hijos S.A., is a corporation incorporated under the laws of Spain and is the owner and operator of the fishing vessel *Estai*. In March 1995, the *Estai* was fishing in international waters, in the North Atlantic Fishery Organization Convention Area. The *Estai* was approached by an armed boarding party

une conséquence importante de ce Règlement — La demanderesse n'a pas une cause d'action fondée sur l'art. 15.

Interprétation des lois — Règlement sur la protection des pêcheries côtières — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Radiation de l'allégation que le navire n'était pas soumis à l'application du Règlement du fait qu'il avait entrepris son voyage de pêche dans les eaux internationales avant la promulgation de ce texte — Par application de la Loi sur les textes réglementaires et de la Loi d'interprétation, le Règlement était en vigueur le 2 mars 1995 — S'il est légal, le Règlement s'applique aux demandeurs.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Parties de la déclaration et de la réponse à la demande de précisions — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Réclamation de dommages-intérêts pour intrusion, voies de fait, poursuite abusive, navigation négligente — Principes généraux régissant les requêtes en radiation — Objections aux allégations en matière de droit international, de poursuite abusive, de violation des droits garantis par les art. 7, 8, 10, 15 de la Charte — Requête accueillie en partie.

Pêches — «Guerre du turbot» entre le Canada et l'Espagne — Le Canada reproche aux navires espagnols d'avoir dépassé leur quota — Action en dommages-intérêts pour arraisonnement et arrestation en haute mer, saisie et détention d'un chalutier espagnol, et arrestation de son capitaine par les autorités canadiennes — Les plaidoiries font valoir l'illégalité du Règlement sur la protection des pêcheries côtières — Requête en radiation de certaines parties de la déclaration et de la réponse à la demande de précisions, en matière de droit international et des droits garantis par la Charte — Requête accueillie en partie.

Requête en radiation de certaines parties de la déclaration des demandeurs et de leur réponse à la demande de précisions, en prorogation du délai de dépôt de la défense, et en modification de l'intitulé de la cause en ce qui concerne les défendeurs. Le litige a son origine dans la «guerre du turbot» de 1995 entre l'Espagne et le Canada qui reprochait aux navires espagnols d'avoir dépassé leur quota dans la zone visée par la Convention de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (la zone de réglementation de l'OPAN). La demanderesse Jose Pereira E Hijos S.A. est une société constituée sous le régime des lois espagnoles et le propriétaire-exploitant du bateau de pêche *Estai*. En mars 1995, le navire *Estai* était en train de pêcher dans la zone de réglementation de l'OPAN quand il fut approché par une équipe d'arraisonnement

from a Canadian fisheries patrol vessel. After a chase, when the *Estai* was on the high seas and east of the NAFO zone, an armed party of RCMP and Canadian fisheries officers boarded the *Estai*, and arrested the vessel and her master. The *Estai* and her crew were taken to St. John's, travelling partly through Arctic ice. Upon arrival, the vessel was tied up and the Master was led through an angry crowd who allegedly abused, jostled and assaulted him. On April 18, defendants advised the plaintiffs that charges against the *Estai* and her Master would be stayed. The plaintiffs claimed damages for trespass, assault, malicious prosecution and negligent navigation, including special, general, punitive and exemplary damages. The defendants objected to allegations relating to international law, to malicious prosecution, to Charter rights said to be infringed and other matters.

Held, the motion should be allowed in part.

The plaintiffs were seeking the opportunity to establish at trial that the amended *Coastal Fisheries Protection Regulations* were unlawful because they were beyond the authority granted to the Governor in Council under the *Coastal Fisheries Protection Act*. That issue may be raised without reference in the pleadings or particulars to specific international treaties or conventions which in so far as they are considered a source of law, will be applied in the action only if they are incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing. To the extent that international conventions or treaties are considered authority for international law principles, it is unnecessary to plead them specifically, in the same way that it is unnecessary to plead other authority, i.e. case law or legislation, and such pleading is not of facts, the essence of pleading, but of law, which is not to be pleaded. Thus the sentences, phrases or references to particular conventions, the words "and in contravention of the freedom of the seas and the rule of law" were immaterial and redundant to the plaintiffs' claim. General references to international law were not struck because it was merely part of the factual description of the legal regime.

The allegations concerning malicious prosecution were struck on the ground that not all the elements of the tort of malicious prosecution were established by the plaintiffs' claims. There was no evidence or allegation that the corporate plaintiff was charged with an offence. One of the key elements of the tort of malicious prosecution is the absence of reasonable and probable cause. This was not pleaded, and could not be established even if it were pleaded. The plaintiffs' pleadings established that those

armé d'un navire de surveillance des pêches canadien. Après une poursuite, alors que le navire *Estai* se trouvait en haute mer et à l'est de la zone de réglementation de l'OPAN, une équipe d'arraisonnement armé canadienne formée d'agents de la GRC et d'agents des pêches l'a arraisonné et saisi, et a arrêté son capitaine. Le navire *Estai* et son équipage ont été conduits à St. John's à travers les glaces de l'Arctique. À son arrivée au port, le navire a été immobilisé. Le capitaine a été conduit à travers une foule de manifestants en colère qui l'auraient maltraité, bousculé et frappé. Le 18 avril, les défendeurs ont informé les demandeurs que les accusations portées contre le navire *Estai* et son capitaine seraient suspendues. Les demandeurs réclament des dommages-intérêts, y compris dommages-intérêts spéciaux, généraux, punitifs et exemplaires, pour intrusion, voies de fait, poursuites abusives et navigation négligente. Les défendeurs ont opposé des objections aux allégations en matière de droit international, de poursuites abusives, de violation de droits reconnus par la Charte et autres chefs de demande.

Jugement: la requête doit être accueillie en partie.

Les demandeurs entendaient faire au procès la preuve que le *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*, modifié, est illégal en ce qu'il dépasse la compétence dont le gouverneur en conseil est investi en vertu de la *Loi sur la protection des pêches côtières*. Cette question peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationaux spécifiques qui, dans la mesure où ils sont considérés comme une source de droit, seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite. Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, de la même façon qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres sources, savoir des jugements ou des lois, et cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit, qui ne doivent pas être plaidés. Ainsi, les phrases, mots ou expressions renvoyant à des conventions particulières de même que les mots «et allant à l'encontre de la liberté en mer et de la règle de droit» ne sont pas essentiels et sont redondants. Les références générales au droit international ne sont pas radiées puisqu'elles sont juste un élément de la description du régime juridique.

Les allégations de poursuites abusives sont radiées par ce motif que les éléments du délit ou de la faute que constituent les poursuites abusives n'ont pas été établis dans les allégations des demandeurs. Il n'est nullement prouvé ni même allégué que la demanderesse a été accusée d'avoir commis une infraction. Un des éléments clés du délit de poursuites abusives, l'absence de motif raisonnable et probable, n'a pas été plaidé et l'espèce et cet élément ne pourrait être établi même s'il avait été invo-

acting on behalf of the defendants acted with reasonable and probable cause under the Act and Regulations. Their actions were supported by the presumption of validity of legislation, which applies until found otherwise at trial. Even if the plaintiffs established at trial that the Regulations were enacted for an unlawful purpose, it concerned the validity of the Regulations, not the nature, tortious or otherwise, of any prosecution under the Regulations.

The allegation in the statement of claim of a violation of Charter, section 7 was struck because it was frivolous and disclosed no reasonable cause of action. The corporate plaintiff could not claim rights under section 7. The complaint that the plaintiff master of the *Estai*, was treated differently than others on the basis of nationality was essentially an equality argument within the scope of Charter, section 15.

The claim that the amendment to the Regulations, by applying to Spanish or Portuguese vessels, but not to vessels of any other country, purported to authorize unreasonable search and seizure in contravention of section 8, was not a basis for the relief sought, and was struck as frivolous and as disclosing no reasonable cause of action. The Act provides for search and seizure of vessels perceived to contravene the Act and Regulations, and the Regulations provided for use of reasonable force in detaining vessels at sea. None of those provisions singled out Spanish and Portuguese vessels exclusively, though the Regulations regulated fishing only for vessels of those nationalities, in addition to stateless vessels or vessels of designated countries commonly accepted as providing flags of convenience for registration of vessels over which little or no actual control was exercised. The impugned claim related to equality within the context of Charter, section 15, not section 8.

Plaintiffs alleged that on arrival of the *Estai* in St. John's the defendants refused to allow both the Captain and the vessel a reasonable time or opportunity to instruct counsel about charges against them, contrary to Charter, paragraph 10(b) which assures everyone the right, on arrest or detention, to retain and instruct counsel without delay. It was uncertain that the owners of a vessel arrested would have rights within paragraph 10(b) of the Charter. That matter was left for determination at trial if the plaintiffs amend the statement of claim by pleading the facts underlying their complaint of an unreasonable time for the owners to consult counsel.

qué. Les plaidoiries des demandeurs établissent que les personnes ayant agi au nom des défendeurs se sont fondées sur des motifs raisonnables aux termes de la Loi et du Règlement. Leurs mesures étaient appuyées par la présomption de validité d'un texte législatif, laquelle présomption s'applique encore, sauf si elle est réfutée au procès. Même si les demandeurs réussissent à démontrer au procès que le Règlement visait un objet illégal, cette question concerne la validité du Règlement et non la nature, délictueuse ou autre, d'une poursuite fondée sur ledit Règlement.

L'allégation de violation de l'article 7 de la Charte, contenue dans la déclaration, est radiée par ce motif qu'elle est futile et ne révèle aucune cause d'action raisonnable. La demanderesse ne pouvait revendiquer des droits fondés sur l'article 7. La plainte que le demandeur, capitaine du navire *Estai*, a été traité différemment des autres en raison de sa nationalité est essentiellement un argument qui concerne l'égalité et auquel l'article 15 de la Charte s'applique.

L'allégation qu'en s'appliquant aux navires espagnols ou portugais, mais non aux navires des autres pays, le Règlement modifié vise à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies abusives, contrairement à l'article 8, n'est pas un fondement de la demande de réparation; elle est radiée, parce qu'elle est futile et ne révèle aucune cause d'action raisonnable. La Loi permet les fouilles, perquisitions et saisies des navires qui ne respectent pas la Loi et le Règlement, lequel prévoit l'usage de la force raisonnable pour la détention des navires en mer. Aucune de ces dispositions ne s'applique exclusivement aux navires espagnols ou portugais, même si le Règlement modifié régit la pêche uniquement dans le cas des navires appartenant à ces nationalités ainsi que des navires sans nationalité et des navires de certains pays communément reconnus comme des pays qui fournissent des pavillons de complaisance pour l'immatriculation de bateaux faisant par ailleurs l'objet d'un contrôle minime. Cette allégation est une revendication portant sur l'égalité dans le contexte de l'article 15 de la Charte et non de l'article 8.

Les demandeurs allèguent qu'à l'arrivée du navire *Estai* à St. John's, les défendeurs ont refusé de fournir au capitaine et au navire une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat au sujet des accusations portées contre eux, contrairement à l'alinéa 10b) de la Charte, qui assure à chacun le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention. Il n'est pas certain que les propriétaires d'un navire saisi auraient des droits au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Cette question pourra être soumise à l'instruction, si les demandeurs modifient leur déclaration en invoquant les faits sur lesquels ils se fondent pour soutenir que les propriétaires du navire n'ont pas eu suffisamment de temps pour consulter un avocat.

The Regulations were alleged to be discriminatory on the basis of race, and national and ethnic origin because they purported to bring only Spain and Portugal within the ambit of Canadian regulation, and they prescribed conservation and management measures applicable only to vessels of those nations. While the Regulations apply to vessels of Spain and Portugal, not to individuals, it would be ignoring a substantive effect of the Regulations to preclude, by striking out at this stage, opportunity for argument at trial that persons sailing those vessels, ordinarily nationals of the state whose flag a particular vessel sails, at least in the case of Spanish vessels, would be directly affected by the application of the Regulations as amended. Any claim for relief by the corporate plaintiff based upon Charter, section 15 was struck as raising no reasonable cause of action. Corporate plaintiffs have no reasonable cause of action under section 15, which expressly applies to individuals. The issue raised by the pleadings concerning the individual's claim that the Regulations violated his Charter rights as an individual under section 15 were not struck. The legislation on its face distinguished those affected by reference to the national origin of the vessels which they sail, and thus implicitly, by reference to the national origin of the individuals affected.

Those paragraphs describing details of the voyage prior to the events of significance in March 1995 were struck as immaterial to the plaintiffs' claims.

The words "Maritime Law" where they describe a source of the exclusive jurisdiction of Spain over the *Estai* were struck as immaterial.

The references to piracy or other criminal activity were struck as they had legal significance only in regard to criminal activity, and any such activity was irrelevant to the plaintiffs claims for damages.

The allegation that the fact that the *Estai* was engaged on its fishing voyage in international waters prior to enactment of the amendments to the Regulations meant that it was not subject to those amendments before it completed its fishing trip, was struck as frivolous and raising no reasonable cause of action. The *Statutory Instruments Act* and the *Interpretation Act* indicated that the amending Regulations were in force and applicable according to their terms, in all respects including with reference to the operations of the *Estai* from midnight on March 2, 1995. Thus if the Regulations were *intra vires*, they were applicable to the plaintiffs' operations.

Les demandeurs allèguent que le Règlement crée une forme de discrimination fondée sur la race et l'origine nationale et ethnique en cherchant à assujettir seulement l'Espagne et le Portugal à la réglementation canadienne et en prescrivant des mesures de conservation et de gestion applicables uniquement aux navires de ces nations. Le Règlement s'applique aux navires de l'Espagne et du Portugal et non aux personnes physiques; cependant, le fait d'empêcher, par la radiation à ce stade-ci, les demandeurs de soutenir à l'instruction que les personnes pilotant ces navires, habituellement des ressortissants de l'État dont ils battent pavillon, du moins dans le cas des navires espagnols, seraient directement touchées par l'application du Règlement modifié, aurait pour effet d'ignorer une conséquence importante dudit Règlement. Toute demande de réparation de la demanderesse fondée sur l'article 15 de la Charte est radiée au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Les sociétés demanderesse n'ont pas de cause d'action raisonnable aux termes de l'article 15 de la Charte, qui s'applique expressément aux personnes physiques. La question soulevée dans les plaidoiries quant à la transgression par le Règlement des droits que l'article 15 de la Charte reconnaît à une personne n'est pas radiée. La disposition législative établit, à première vue, une distinction fondée sur l'origine nationale des navires que les personnes concernées pilotent et, par conséquent, une distinction implicite fondée sur l'origine nationale de celles-ci.

Les paragraphes donnant les détails du voyage antérieurs aux événements importants survenus en mars 1995 n'ont rien à voir avec les allégations des demandeurs et sont radiés.

Les mots «droit maritime», là où ils servent à décrire une source de la compétence exclusive de l'Espagne à l'égard du navire *Estai*, sont radiés parce qu'ils ne sont pas essentiels.

Les mots qui renvoient à la piraterie ou à d'autres formes de conduite criminelle sont radiés parce qu'ils ont une importance juridique uniquement dans le contexte des activités criminelles et aucune activité de cette nature n'est pertinente quant aux demandes de dommages-intérêts des demandeurs.

L'allégation que le navire *Estai* avait entrepris son voyage de pêche dans les eaux internationales avant la modification du Règlement, ce qui signifierait que le navire n'y était pas assujéti avant la fin de son voyage, est radiée parce qu'elle est futile et ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Par application de la *Loi sur les textes réglementaires* et de la *Loi d'interprétation*, le Règlement portant modification était en vigueur et s'appliquait à tous égards, notamment quant aux activités du navire *Estai*, depuis minuit le 2 mars 1995. Par conséquent, si le Règlement est constitutionnel, il s'applique aux activités des demandeurs.

References to Canada/European Community negotiations over turbot quotas prior to and following the seizure and arrest of the *Estai* until May 1, 1995 when provisions specifying Spanish and Portuguese vessels were deleted from the Regulations, were struck as redundant to other portions of the statement of claim and as not supporting, or weakening, the plaintiffs' claims for damages.

Where there is no claim against a Minister in a personal capacity, and no such claim was here alleged, the Minister should not be named as a defendant. *Federal Court Act*, subsection 48(1) and Form 2(2) direct that, except where otherwise authorized, a proceeding against the Crown is to be instituted against Her Majesty the Queen as the sole defendant. But the *Crown Liability and Proceedings Act*, subsection 23(1) provides that proceedings against the Crown may be taken in the name of the Attorney General of Canada. Therefore it is optional whether the Crown is named as Her Majesty the Queen or as the Attorney General of Canada. Since the alleged abuse of office by the Ministers was struck out, the Minister of Fisheries and Oceans was struck from the style of cause and the statement of claim. There was but one defendant, the Attorney General of Canada, representing the Crown, Her Majesty the Queen.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26.
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. 1, 7, 8, 10(b), 15.
Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. C-33, s. 5.2 (as enacted by S.C. 1994, c. 14, s. 2), 6 (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 14; 1992, c. 1, s. 43; 1994, c. 14, s. 3).
Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C., c. 413, s. 21 (as am. by SOR/95-136, s. 2; 95-222, s. 1).
Convention on the High Seas, April 29, 1958, 450 U.N.T.S. 11.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 23(1) (as am. *idem*, s. 29).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 48(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 1716, Appendix, Form 2(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 6(2)(b).
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 11(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 103).
United Nations Convention on the Law of the Sea, December 10, 1982, UN Doc. A/CONF. 62/122 and Corr. 1 to 11; 26 I.L.M. 1261.

Les passages concernant les négociations qui ont eu lieu entre le Canada et la Communauté européenne au sujet des quotas de turbot avant et après l'arraisonnement et la saisie du navire *Estai* jusqu'au 1^{er} mai 1995, date à laquelle les dispositions touchant expressément les navires espagnols et portugais ont été supprimées du Règlement, sont radiés parce qu'ils sont redondants et n'ont pas pour effet d'appuyer ou d'affaiblir les demandes de dommages-intérêts des demandeurs.

Lorsqu'aucune réclamation n'est formulée contre un ministre à titre personnel, et il n'y a aucune allégation de cette nature en l'espèce, celui-ci ne devrait pas être désigné comme partie défenderesse. Le paragraphe 48(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et la formule 2(2) prévoient que, sauf autorisation contraire, Sa Majesté la Reine est désignée comme la seule partie défenderesse dans une action intentée contre la Couronne. Cependant, le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* prévoit que les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada. L'allégation d'exercice abusif des fonctions par les ministres ayant été radiée, le nom du ministre des Pêches et Océans est radié de l'intitulé de la cause et de la déclaration. Il n'y a qu'un seul défendeur dans l'action, soit le procureur général du Canada, qui représente l'État, Sa Majesté la Reine.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26.
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. 1, 7, 8, 10b), 15.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, Doc. NA A/CONF. 62/122 et Corr. 1 à 11; 26 I.L.M. 1261.
Convention sur la haute mer, 29 avril 1958, 450 R.T.N.U. 11.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 6(2)b).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 48(1).
Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. (1985), ch. C-33, art. 5.2 (édicte par L.C. 1994, ch. 14, art. 2), 6 (mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 14; 1992, ch. 1, art. 43; 1994, ch. 14, art. 3).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 23(1) (mod., *idem*, art. 29).
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 11(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 103).

Règlement sur la protection des pêcheries côtières, C.R.C., ch. 413, art. 21 (mod. par DORS/95-136, art. 2; 95-222, art. 1).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 1716, annexe, formule 2(2) (mod. par DORS/90-846, art. 25).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); revg [1989] 1 F.C. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (T.D.); *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.*, [1989] 2 F.C. 608; (1989), 22 C.I.P.R. 201; 23 C.P.R. (3d) 1; 26 F.T.R. 32 (T.D.); *Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3; (1993), 69 F.T.R. 81 (T.D.).

CONSIDERED:

Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Antonsen v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 272; (1995), 32 Admin. L.R. (2d) 237; 91 F.T.R. 1 (T.D.).

REFERRED TO:

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; *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; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); inf. [1989] 1 C.F. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (1^{re} inst.); *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.*, [1989] 2 C.F. 608; (1989), 22 C.I.P.R. 201; 23 C.P.R. (3d) 1; 26 F.T.R. 32 (1^{re} inst.); *Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3; (1993), 69 F.T.R. 81 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Antonsen c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 272; (1995), 32 Admin. L.R. (2d) 237; 91 F.T.R. 1 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

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; *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; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R.

(3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; (1992), 77 C.C.C. (3d) 124; 17 C.R. (4th) 1; 12 C.R.R. (2d) 1; 144 N.R. 243; 52 Q.A.C. 1; *Kealey v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (T.D.).

MOTION to strike portions of the statement of claim and of the plaintiffs' reply to a demand for particulars. Motion allowed in part.

COUNSEL:

John R. Sinnott, Q.C. for plaintiffs.
John R. Power, Q.C. and *Michael F. Donovan*
for defendant.

SOLICITORS:

Lewis, Sinnott & Heneghan, St. John's, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 MACKAY J.: In July 1995, the plaintiffs commenced an action for damages claimed following the boarding and seizure on the high seas and the subsequent arrest and detention in March 1995 of a Spanish fishing trawler, and the arrest of her master, by officers of the Government of Canada. The action was initiated against the Attorney General of Canada and the Minister of Fisheries and Oceans as the named defendants. In these reasons, the term "defendants" refers to those two Ministers of the Crown, whose standing as defendants is among the issues here considered. By order now issued, the defendant shall hereinafter be the Attorney General of Canada, as the representative of Her Majesty the Queen. The defendants responded to the statement of claim with a request for particulars, and those were provided by the plaintiffs' reply.

2 The defendants now seek an order pursuant to subsection 419(1) of the Rules that portions of the

(3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; (1992), 77 C.C.C. (3d) 124; 17 C.R. (4th) 1; 12 C.R.R. (2d) 1; 144 N.R. 243; 52 Q.A.C. 1; *Kealey c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (1^{re} inst.).

REQUÊTE en radiation de parties de la déclaration et de la réponse des demandeurs à une demande de précisions. Requête accueillie en partie.

AVOCATS:

John R. Sinnott, c.r., pour les demandeurs.
John R. Power, c.r., et *Michael F. Donovan*
pour le défendeur.

PROCUREURS:

Lewis, Sinnott & Heneghan, St. John's, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

1 LE JUGE MACKAY: En juillet 1995, les demandeurs ont intenté une action en dommages-intérêts par suite de l'arraisonnement et de la saisie en haute mer ainsi que de l'arrestation et de la détention subséquentes, en mars 1995, d'un chalutier espagnol et de l'arrestation de son capitaine par des fonctionnaires du gouvernement fédéral. L'action a été intentée contre le procureur général du Canada et le ministre des Pêches et Océans, les défendeurs désignés. Dans les présents motifs, le mot «défendeurs» renvoie à ces deux ministres de Sa Majesté, dont la qualité pour agir comme défendeurs constitue l'une des questions à trancher. Conformément à l'ordonnance rendue par les présentes, le défendeur sera ci-après le procureur général du Canada, en qualité de représentant de Sa Majesté la Reine. Les défendeurs ont répondu à la déclaration par une demande de précisions, lesquelles ont été fournies dans la réponse des demandeurs.

2 Les défendeurs demandent maintenant une ordonnance fondée sur le paragraphe 419(1) des Règles en

plaintiffs' statement of claim, and of the plaintiffs' reply to demand for particulars, be struck out. That Rule, under the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 as amended, provides:

Rule 419. (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) it is immaterial or redundant,
- (c) it is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,
- (e) it constitutes a departure from a previous pleading, or
- (f) it is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).

(3) In this Rule, "departure" means that which is prohibited by Rule 411.

3 A number of the grounds set out in subsection 419(1) of the Rules are here relied upon by the defendants in relation to particular portions of the plaintiffs' pleadings. Those portions I will turn to after a brief review of the factual background as it is alleged in the plaintiffs' pleadings, and after a brief reference to the general principles that have evolved regarding the application of subsection 419(1).

4 In addition to their motion to strike portions of the plaintiffs' pleadings, the defendants seek an extension of time to file a defence, and they seek amendment of the style of cause in so far as it relates to the defendants.

The background

5 The plaintiff Jose Pereira E Hijos, S.A. is a corporation incorporated under the laws of Spain and is the owner and operator of the fishing vessel *Estai*.

vue de radier certaines parties de la déclaration des demandeurs et de leur réponse à la demande de précisions. Cette Règle, qui fait partie de la version modifiée des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, prévoit ce qui suit:

Règle 419. (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

- a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,
- b) qu'elle n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante,
- c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,
- d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,
- e) qu'elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou
- f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour,

et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible sur une demande aux termes de l'alinéa (1)a).

(3) Dans la présente Règle, «déviation» signifie ce qui est interdit par la Règle 411.

3 Les défendeurs invoquent quelques-uns des motifs énoncés au paragraphe 419(1) des Règles à l'égard de certaines parties des plaidoiries des demandeurs. J'examinerai ces parties après avoir passé brièvement en revue les faits à l'origine du litige que les demandeurs relatent dans leurs plaidoiries et après avoir commenté brièvement les principes généraux qui ont été établis au sujet de l'application du paragraphe 419(1).

4 En plus de la radiation de certaines parties des plaidoiries des demandeurs, les défendeurs demandent une prorogation du délai relatif au dépôt de leur défense ainsi qu'une modification de l'intitulé de la cause en ce qui les concerne.

Les faits à l'origine du litige

5 La demanderesse Jose Pereira E Hijos, S.A. est une société constituée sous le régime des lois espagnoles et le propriétaire-exploitant du bateau de

The second plaintiff, a citizen of Spain, was at all relevant times the master of the *Estai*, which he sailed, with a Spanish crew, under the flag of Spain.

6 In March 1995, the *Estai* was engaged in fishing in international waters, in the North Atlantic Fishery Organization Convention Area (the NAFO zone) lying east of Canadian waters and of Canadian fisheries waters in the North Atlantic Ocean. On March 6, the *Estai* moved outside the NAFO zone because of a communication from Canadian authorities threatening to seize Spanish vessels found in the NAFO zone to be fishing Greenland halibut (turbot), because Canada claimed Spanish vessels had exceeded their quota.

7 On March 8, 1995, the *Estai* returned to the fishing grounds within the NAFO zone after receiving advice from Spanish authorities that the vessel could continue fishing within the combined quota for the European Community. On March 9, while in the NAFO zone, the *Estai* was approached by an armed boarding party from the Canadian fisheries patrol vessel *Cape Roger*, but the *Estai* increased speed in an apparent effort to avoid the boarding party. The *Cape Roger*, the *Leonard Cowley*, another Canadian fisheries patrol vessel, and the *Sir Wilfred Grenfell*, a Canadian Coast Guard ship, joined in the pursuit of the *Estai*. After a chase, when the *Estai* was on the high seas outside and east of the NAFO zone, the Canadian vessels first fired water cannon and then two bursts of machine gun fire as warnings to the Spanish vessel, whereupon the *Estai* hove to and an armed Canadian party of RCMP officers and fisheries officers boarded the *Estai* and took charge of the vessel, arresting the vessel and her master.

8 The *Estai* and its crew were taken to St. John's, travelling partly through Arctic ice, despite objec-

pêche *Estai*. Le demandeur, qui est citoyen de l'Espagne, était pendant la période pertinente le capitaine du navire *Estai*, qu'il a piloté avec un équipage espagnol sous le pavillon de l'Espagne.

6 En mars 1995, le navire *Estai* était exploité dans le cadre d'activités de pêche dans les eaux internationales, plus précisément dans la région visée par la Convention de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (la zone de réglementation de l'OPAN) située à l'est des eaux canadiennes et des eaux des pêcheries canadiennes de l'Océan Atlantique nord. Le 6 mars, le navire *Estai* est sorti de la zone de réglementation de l'OPAN par suite d'un avis dans lequel les autorités canadiennes menaçaient de saisir les navires espagnols utilisés pour la pêche au turbot dans ladite zone, le Canada soutenant que les navires espagnols avaient dépassé leur quota.

7 Le 8 mars 1995, le navire *Estai* est retourné aux lieux de pêche de la zone de réglementation de l'OPAN après avoir reçu des autorités espagnoles un avis selon lequel le bateau pouvait continuer à pêcher en se fondant sur le quota combiné de la Communauté européenne. Le lendemain, alors qu'il se trouvait dans la zone de réglementation de l'OPAN, le navire *Estai* a été approché par une équipe d'arraisonnement armé du navire de surveillance des pêches canadien, le *Cape Roger*, mais le navire *Estai* a accéléré dans le but évident d'éviter l'équipe d'arraisonnement. Le *Leonard Cowley*, un autre navire de surveillance des pêches canadien, et le *Sir Wilfred Grenfell*, un bateau de la Garde côtière canadienne, se sont joints au *Cape Roger* afin de pourchasser le navire *Estai*. Après la poursuite, alors que le navire *Estai* se trouvait en haute mer, à l'extérieur et à l'est de la zone de réglementation de l'OPAN, les bateaux canadiens ont d'abord tiré un coup de canon à eau et deux rafales de mitrailleuse pour prévenir le navire espagnol; le navire *Estai* s'est alors déhalé et une équipe d'arraisonnement armé canadienne formée d'agents de la GRC et d'agents des pêches ont arraisonné et saisi le navire *Estai* et arrêté son capitaine.

8 Malgré les objections de l'équipage espagnol, le navire *Estai* et son équipage ont été conduits à St.

tions by the Spanish crew, with the result, it is claimed, that the ice caused damage to the vessel. Upon arrival in St. John's harbour on March 12, the vessel was tied up. A major demonstration was underway on the dockside. When the Master, the second plaintiff in this action, then under arrest, was led through a crowd of angry demonstrators to the courthouse, he claims that he was abused, jostled, assaulted and subjected to obscenities.

John's à travers les glaces de l'Arctique, ce qui aurait causé des dommages au navire. À son arrivée au port de St. John's le 12 mars, le navire a été immobilisé. Une manifestation importante était en cours sur les quais. Lorsque le capitaine, le demandeur dans l'action, qui était alors en état d'arrestation, a été conduit à travers une foule de manifestants en colère jusqu'au palais de justice, il soutient qu'il a été maltraité, bousculé, frappé et soumis à des obscénités.

9 On March 14, 1995, a couple of days after the *Estai's* arrival in St. John's, under the direction of the defendants offloading of the vessel's fish cargo was begun. It was only stopped after bail in the amount of \$500,000 was arranged. The vessel and the balance of her cargo were then freed from arrest.

Le 14 mars 1995, deux ou trois jours après l'arrivée du navire *Estai* à St. John's, le déchargement de la cargaison de poisson se trouvant à bord du bateau a été entrepris sous la direction des défendeurs et n'a cessé que lorsqu'une entente a été conclue en vue de la remise d'un cautionnement de 500 000 \$. Le navire et le reste de sa cargaison ont alors été libérés.

10 On April 18, 1995, the defendants advised the plaintiffs that charges against the *Estai* and her master would be stayed. The following day, the bail which was previously posted was remitted with interest. Fish that had been offloaded was, by arrangement, returned to the plaintiff corporation, by shipment, the costs of which were apparently met by the Crown.

Le 18 avril 1995, les défendeurs ont informé les demandeurs que les accusations portées contre le navire *Estai* et son capitaine seraient suspendues. Le lendemain, le cautionnement qui avait été déposé a été remis ainsi que les intérêts. Le poisson qui avait été déchargé a été retourné à la société demanderesse et Sa Majesté a apparemment payé les frais de cet envoi.

11 The plaintiffs commenced this action by statement of claim filed on July 28, 1995. For the defendants, a request for particulars was filed on August 24, 1995, and the plaintiffs filed a reply to defendants' demand for particulars on October 18, 1995. Thereafter, by motion dated December 6, 1995, the defendants made this application, heard May 15 and 16, 1996 in St. John's, to strike portions of the plaintiffs' pleadings.

Les demandeurs ont intenté la présente action au moyen d'une déclaration déposée le 28 juillet 1995. Une demande de précisions a été déposée au nom des défendeurs le 24 août 1995 et les demandeurs ont déposé une réponse à cette demande le 18 octobre de la même année. Par la suite, dans une requête datée du 6 décembre 1995 et entendue les 15 et 16 mai 1996 à St. John's, les défendeurs ont demandé à la Cour de radier certaines parties des plaidoiries des demandeurs.

12 The plaintiffs claim damages against the defendants for trespass, assault, malicious prosecution and negligent navigation, including special damages, general damages, punitive and exemplary damages. Special damages are sought for detention of the *Estai* from March 9 to 15, for damages to the vessel from ice on the voyage to St. John's, for loss of

Accusant les défendeurs d'intrusion, de voies de fait, de poursuites abusives et de navigation négligente, les demandeurs réclament d'eux des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts spéciaux et généraux ainsi que des dommages-intérêts punitifs et exemplaires. Des dommages-intérêts spéciaux sont réclamés pour la détention du

fishing after seizure until the end of March, for operating expenses of the vessel from the point of seizure to St. John's and for the return trip, and for expenses incurred for the vessel, its crew, bail and other expenses in St. John's. General damages are claimed in paragraph 43(b) of the statement of claim in the following terms:

General Damages for trespass on the high seas, endangerment on the high seas, piracy, unlawful seizure, unlawful arrest of the Motor Vessel "ESTAI", unlawful arrest of the Plaintiff Captain Davila, negligence, unlawful detention and interference with the Plaintiff's servants and agents, namely the crew of the Motor Vessel "ESTAI", malicious prosecution of the Motor Vessel "ESTAI" and the Plaintiff Captain Davila, abuse of process, failure to protect Captain Davila while in custody, interference with Charter right to retain and instruct Counsel without delay (Section 10(b)) and also interference with Charter rights under Sections 15, 7 and 8, eviction of crew from the "ESTAI", and unlawful discharge of cargo.

The plaintiffs also claim punitive and exemplary damages.

The motion to strike portions of the plaintiffs' pleadings

- 13 The defendants' motion to strike sets out in detail objections taken to many portions of the plaintiffs' statement of claim and of the plaintiffs' reply to the defendants' demand for particulars. The objections arise in relation to allegations classed by defendants as relating to international law, to malicious prosecution, to Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights said to be infringed, and other matters. Before turning to the detailed objections, it is useful to refer briefly to accepted general principles in the application of subsection 419(1) of the *Federal Court Rules*, in considering the striking of pleadings. Those general principles are, for the most part,

navire *Estai* du 9 au 15 mars, pour les dommages causés au navire par la glace au cours du trajet vers St. John's, pour la perte de jours de pêche entre la saisie et la fin de mars, pour les frais d'exploitation engagés par le navire depuis le lieu de saisie jusqu'à St. John's et pour le trajet de retour ainsi que pour les frais engagés pour le navire et son équipage, le cautionnement et les autres dépenses faites à St. John's. À l'alinéa 43b) de la déclaration, des dommages-intérêts généraux sont réclamés en ces termes:

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts généraux à l'égard d'actes d'intrusion et d'actes portant atteinte à la sécurité en haute mer, d'actes de piraterie, de mesures de confiscation illégale, de la saisie illégale du navire «ESTAI», de l'arrestation illégale du capitaine Davila, le demandeur, d'actes de négligence, de la détention illégale des préposés et mandataires de la demanderesse, notamment l'équipage du navire «ESTAI», de la poursuite abusive du navire «ESTAI» et du capitaine Davila, le demandeur, de procédures abusives, de l'omission de protéger le capitaine Davila pendant que celui-ci était détenu, de l'entrave au droit, reconnu par la Charte, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat (alinéa 10b)) ainsi que de l'entrave aux droits reconnus aux articles 7, 8 et 15 de la Charte, de l'éviction de l'équipage du navire «ESTAI» et du déchargement illégal de la cargaison.

Les demandeurs réclament également des dommages-intérêts punitifs et exemplaires.

La requête visant à radier certaines parties des plaidoiries des demandeurs

- Dans leur requête portant radiation, les défendeurs expliquent leurs objections à l'égard de plusieurs parties de la déclaration des demandeurs et de la réponse de ceux-ci à la demande de précisions. Les objections concernent les allégations que les défendeurs ont classées sous les rubriques du droit international, des poursuites abusives, de l'entrave à certains droits reconnus par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et d'autres questions. Avant d'examiner les objections détaillées, il convient de passer brièvement en revue les principes généraux qui sont reconnus en ce qui a trait à l'application du paragraphe 419(1) des *Règles de la*
- 13

settled by the Supreme Court of Canada, both in relation to subsection 419(1) of the *Federal Court Rules* and to similar rules in the provincial courts in common law provinces. (See *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.)

Cour fédérale relativement à la radiation des plaidoiries. La plupart de ces principes généraux ont été établis par la Cour suprême du Canada tant à l'égard du paragraphe 419(1) susmentionné qu'à l'égard des règles similaires que les cours provinciales appliquent dans les provinces de common law. (Voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.)

14 Those general principles are that in considering a motion to strike all or a portion of pleadings, the Court does not consider the merits of the issues as it would at trial; the Court is reluctant to strike pleadings, recognizing the right of a party to be heard on the merits; and assuming the facts pleaded will be established, it is only in cases where it is plain and obvious that the facts pleaded raise no cause of action that the Court will strike a pleading. Those principles underlie the Court's consideration of objections said to be based on specific grounds under the specific headings set out in paragraphs (b) to (f) of subsection 419(1) of the Rules.

Selon ces principes généraux, lorsqu'elle est saisie d'une requête portant radiation de la totalité ou d'une partie des plaidoiries, la Cour ne doit pas examiner les questions quant au fond comme elle le ferait à l'instruction; la Cour hésite généralement à radier des plaidoiries, compte tenu du droit d'une partie d'être entendue sur le fond; lorsque les faits plaidés sont tenus pour avérés, ce n'est que dans les cas où il est évident que ces faits ne soulèvent aucune cause d'action que la Cour acceptera de radier la plaidoirie. Ce sont là les principes qui sous-tendent l'examen par la Cour des objections fondées sur les motifs spécifiques énoncés aux alinéas b) à f) du paragraphe 419(1) des Règles. 14

15 Another general principle questioned in this case concerns the timing of an order to strike. Here the plaintiffs claim that by the request for particulars filed by the defendants in this case, subsequently replied to by the plaintiffs, the defendants have taken a step in the process of pleading that should preclude consideration thereafter of a motion to strike previous pleadings. In my opinion, subsection 419(1) of the Rules deals expressly with this issue, for it provides "The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend". The Rule clearly vests discretion in the Court to deal with an application to strike at any time in the course of an action.

Un autre principe général débattu en l'espèce concerne le moment auquel une ordonnance portant radiation peut être rendue. Dans la présente affaire, les demandeurs soutiennent qu'en présentant leur demande de précisions, à laquelle les demandeurs ont répondu, les défendeurs ont franchi une étape de la procédure qui devrait empêcher l'examen subséquent d'une requête visant à radier des plaidoiries antérieures. À mon avis, le paragraphe 419(1) des Règles porte expressément sur cette question: elle prévoit que «La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement». La Règle accorde indubitablement à la Cour le pouvoir discrétionnaire de statuer sur une demande de radiation en tout temps au cours de l'action. 15

16 Where, as here, defendants have simply sought particulars of matters set out in a statement of claim, have received those particulars but have not yet filed

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des parties défenderesses ont simplement demandé des précisions au sujet de questions alléguées dans une 16

a defence, in my view, they may move to strike, without leave since they have acted in timely fashion, and the Court may order striking all or portions of pleadings, in accord with the general principles set out above. While it is somewhat anomalous for a party, having obtained particulars for which it formally asked, to then move to strike the particulars provided, where those particulars concern facts that do not improve the factual basis of a faulty claim which is objected to, then it is appropriate to strike the particulars as well as the claim. If the claim is not struck, particulars as to facts, provided in response to a request, should not be struck unless there be some other ground, for example, that they plead law and not facts.

International law allegations

17 The plaintiffs' allegations concerning international law, to which the defendants object, include the following.

a) In the statement of claim, the plaintiffs allege

8. . . . the M.V. "ESTAI" . . . was subject to the exclusive jurisdiction of Spain pursuant to Maritime Law, established principles of international law, Spanish Law, Canadian Law, Article 6 of the Geneva Convention on the High Seas, 1958, and Article 92.1 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982.

...

16. [Referring to Canadian ships, operated under control of the defendants] . . . continued to unlawfully pursue the "ESTAI" in international waters, at times in dense fog, and in contravention of the freedom of the seas and the rule of law.

The words here underlined, in paragraphs 8 and 16, are objected to and the defendants urge they be struck out.

b) In paragraph 3 of the reply to defendants' demand for particulars, which demand sought par-

déclaration, qu'elles ont reçu ces précisions, mais qu'elles n'ont pas encore déposé de défense, elles peuvent, à mon avis, présenter une demande de radiation sans permission, étant donné qu'elles ont agi en temps opportun, et la Cour peut ordonner la radiation, en tout ou en partie, des plaidoiries conformément aux principes généraux exposés ci-dessus. Même s'il est assez irrégulier qu'une partie, après avoir obtenu les précisions qu'elle a formellement demandées, demande ensuite la radiation des précisions fournies, lorsque ces précisions concernent des faits qui n'améliorent nullement le fondement factuel d'une allégation erronée qui est contestée, il convient de radier tant l'allégation que les précisions. Si l'allégation n'est pas radiée, les précisions fournies en réponse à une demande ne devraient pas être radiées, sauf s'il existe un autre motif valable, notamment dans le cas des allégations qui concernent le droit et non les faits.

Allégations concernant le droit international

Les allégations des demandeurs qui concernent le droit international et auxquelles les défendeurs s'opposent comprennent les suivantes. 17

a) Dans la déclaration, les demandeurs allèguent ce qui suit:

[TRADUCTION] 8. . . . le navire M.V. «ESTAI» était assujéti à la compétence exclusive de l'Espagne conformément au droit maritime, aux principes reconnus du droit international, au droit espagnol, au droit canadien, à l'article 6 de la Convention sur la haute mer faite à Genève en 1958 et à l'article 92.1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

...

16. Les navires. . . [soit certains navires canadiens exploités sous le contrôle des défendeurs] . . . ont continué à poursuivre illégalement le navire «ESTAI» dans les eaux internationales, parfois sous un brouillard épais, et contrairement au principe de la liberté en mer et de la règle de droit.

Les mots des paragraphes 8 et 16 qui sont soulignés ci-dessus sont contestés et les défendeurs en demandent la radiation.

b) Au paragraphe 3 de la réponse à la demande de précisions des défendeurs, qui concernait les [TRA-

particulars of “the established principles of international law” and of “Canadian Law” referred to in paragraph 8 of the statement of claim, the following particular principles are alleged:

- the principle that the high seas are open to all states and no state may subject any part of them to its sovereignty;
- the principle that all vessels are subject to the jurisdiction and entitled to protection of the particular state under whose flag a vessel sails;
- the principle that states may fish on the high seas;
- the principle that, while a state may control fishing in its territorial waters and in an economic zone bordering its coasts, that zone does not extend more than 200 nautical miles from relevant coastal baselines.

For each of the principles identified, the plaintiffs also identify particular international conventions on the high seas, of 1958 [*Convention on the High Seas*, April 29, 1958, 450 U.N.T.S. 11] and 1982 [*United Nations Convention on the Law of the Sea*, December 10, 1982, UN Doc. A/CONF. 62/122 and Corr. 1 to 11; 26 I.L.M. 1261].

For all the principles identified, the plaintiffs allege these are “established principles of Canadian Law in that Canada applies the rule of law, including established principles of International Law”.

c) In paragraph 14 of the plaintiffs’ reply to defendants’ demand for particulars, response is made to the defendants’ request for particulars of the laws alleged to be contravened by use of the adjective “unlawful” in designated paragraphs of the statement of claim. In paragraph 15 of the reply, response is made to the defendants’ similar request for particulars of laws alleged to be contravened by use of the adverb “unlawfully” in certain other paragraphs. The plaintiffs’ responses include, in subparagraphs 14(a)(i), 14(c)(i), 14(h)(i) and 15(a)(i), the words “International Law giving exclusive jurisdiction to the Flag State”.

DUCTION] «principes reconnus du droit international» et le «droit canadien» dont il est fait mention au paragraphe 8 de la déclaration, les principes suivants sont allégués:

- le principe selon lequel tous les États ont librement accès à la haute mer et aucun État ne peut assujettir une partie de celle-ci à sa souveraineté;
- le principe selon lequel tous les navires sont assujettis à la compétence et ont droit à la protection de l’État dont ils battent pavillon;
- le principe selon lequel les États peuvent pêcher en haute mer;
- le principe selon lequel, même si un État peut contrôler la pêche dans ses eaux territoriales et dans une zone économique en bordure de ses côtes, cette zone ne peut dépasser 200 milles marins depuis les lignes côtières concernées.

Pour chacun des principes mentionnés, les demandeurs relèvent également des conventions internationales particulières sur les pratiques en haute mer, celles de 1958 [*Convention sur la haute mer*, 29 avril 1958, 450 R.T.N.U. 11] et de 1982 [*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, Doc. NA A/CONF. 62/122 et Corr. 1 à 11; 26 I.L.M. 1261].

De plus, les demandeurs allèguent que tous les principes relevés constituent des [TRADUCTION] «principes reconnus en droit canadien, étant donné que le Canada applique la règle de droit, y compris les principes reconnus du droit international».

c) Au paragraphe 14 de leur réponse à la demande de précisions des défendeurs, les demandeurs répondent à la demande de précisions concernant les lois visées par l’allégation de transgression qui découle de l’utilisation de l’adjectif «illégal» aux paragraphes désignés de la déclaration. Au paragraphe 15 de leur réponse, les demandeurs répondent à la demande similaire des défendeurs en ce qui a trait aux lois visées par l’allégation de transgression qui découle de l’utilisation de l’adverbe «illégalement» dans certains autres paragraphes. Les réponses des demandeurs comprennent, aux sous-alinéas 14a)(i), 14c)(i), 14h)(i) et 15a)(i), les mots [TRADUCTION] «règles de droit international accordant la compétence exclusive à l’État du pavillon».

- 18 The defendants contend that in all of these cases a), b) and c) above, these allegations are beyond the jurisdiction of the Court and constitute abuses of process, that they do not disclose any reasonable cause of action or they are immaterial and embarrassing.
- Les défendeurs soutiennent que, dans tous les cas a), b) et c) qui précèdent, ces allégations outrepassent la compétence de la Cour et constituent un emploi abusif des procédures de celle-ci, qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, qu'elles ne sont pas essentielles et qu'elles sont gênantes.
- 19 The basis of the defendants' claim lies in their perception that by referring to principles of international law, the plaintiffs seek to establish that those principles should have priority over the domestic law of Canada, in particular, the *Coastal Fisheries Protection Regulations* (the Regulations) [C.R.C., c. 413] as amended by P.C. 1995-372, dated March 3, 1995, SOR/95-136, published in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 129, No. 6, on March 22, 1995. Those amendments to the Regulations, made under the *Coastal Fisheries Protection Act*, R.S.C., 1985, c. C-33 as amended, were intended, it appears, to deal with fish species classed as "straddling stocks" and certain other fish other than groundfish, and to regulate fishing in NAFO zones by vessels of certain states, including regulating fishing by Spanish vessels. In the defendants' view, the actions here complained of were undertaken under the Regulations as amended, domestic law which it is urged "occupies the field" and must be given precedence in this Court.
- Les défendeurs soutiennent essentiellement qu'en invoquant les principes de droit international, les demandeurs cherchent à faire reconnaître la priorité de ces principes par rapport aux règles de droit du Canada, notamment le *Règlement sur la protection des pêcheries côtières* (le Règlement) [C.R.C., ch. 413], modifié par le décret C.P. 1995-372 en date du 3 mars 1995, DORS/95-136, qui a été publié dans la *Gazette du Canada*, partie II, vol. 129, n° 6, le 22 mars 1995. Ces modifications touchant le Règlement pris en application de la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*, L.R.C. (1985), ch. C-33, et ses modifications, devaient apparemment porter sur des espèces de poisson classées dans la catégorie des «stocks chevauchants» et sur certains poissons autres que le poisson de fond et réglementer la pêche dans les zones de réglementation de l'OPAN par les navires de certains États, y compris les navires espagnols. De l'avis des défendeurs, les actions reprochées ont été entreprises en application du Règlement modifié et des règles de droit interne qui, à leur avis, «occupent le champ» et dont la Cour doit reconnaître la primauté.
- 20 The principles concerning the application of international law in our courts are well settled, and they are not here disputed by plaintiffs. One may sum those up in the following terms: accepted principles of customary international law are recognized and are applied in Canadian courts, as part of the domestic law unless, of course, they are in conflict with domestic law. In construing domestic law, whether statutory or common law, the courts will seek to avoid construction or application that would conflict with the accepted principles of international law. In so far as those principles are reflected in or arise from international conventions, which may conflict with domestic law, these conventions become a part of the law of Canada only by legislative enactment, of Parliament or of a provincial
- Les principes régissant l'application des règles de droit international par nos tribunaux sont bien reconnus et les demandeurs ne les contestent pas en l'espèce. Ces principes peuvent être résumés comme suit: les principes reconnus du droit international coutumier sont acceptés et considérés par les tribunaux canadiens comme des principes faisant partie des règles de droit interne, sauf, bien entendu, s'ils vont à l'encontre de celles-ci. Lorsqu'ils interprètent les règles de droit interne, qu'elles soient d'origine législative ou qu'il s'agisse de règles de common law, les tribunaux cherchent à éviter toute interprétation ou application allant à l'encontre des principes reconnus du droit international. Dans la mesure où ces principes sont énoncés dans des conventions internationales ou découlent de conventions interna-

legislature, acting under the Constitution.

21 The plaintiffs profess to accept those principles governing the relationships of international and domestic law. They do not contest that if there is conflict, the Court will apply domestic law. But they do urge, and seek the opportunity to establish at trial, that the amended Regulations are unlawful for a variety of reasons. Some of those reasons concern the Charter, to which we shall return, but among others, it is argued the Regulations are beyond the authority granted to the Governor in Council under relevant provisions of the *Coastal Fisheries Protection Act*. In my opinion, assuming facts alleged are true, that claim concerning the validity of the Regulations is arguable, and the Court will not bar the plaintiffs' opportunity to raise it for determination at trial.

22 That issue, one fundamental to these proceedings, may be raised without reference in the pleadings or particulars to specific international treaties or conventions which, in so far as they are considered a source of law, will be applied in the action only if they are incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing. To the extent that international conventions or treaties are considered authority for international law principles, it is unnecessary to plead them specifically, in the same way that it is unnecessary to plead other authority, e.g., jurisprudence or legislation, and such pleading is not of facts, the essence of pleading, but of law, which is not to be pleaded. Thus, I would direct that the sentences, phrases or references to particular conventions in paragraph 8 of the statement of claim and paragraphs 3(a), 3(b), 3(c) and 3(d) of the reply to demand for particulars be struck from the record.

23 I direct that the words "and in contravention of the freedom of the seas and the rule of law" be

tionales pouvant aller à l'encontre des règles de droit interne, elles font partie du droit canadien uniquement lorsque le Parlement ou une assemblée législative provinciale adopte une disposition législative en ce sens en se fondant sur la Constitution.

Les demandeurs soutiennent qu'ils reconnaissent 21
les principes régissant les liens entre les règles de droit international et les règles de droit interne. Ils ne contestent pas le fait qu'en cas de contradiction, les tribunaux appliqueront les règles de droit interne. Ils allèguent cependant que le Règlement modifié est illégal pour plusieurs raisons et demandent la possibilité de faire cette preuve à l'instruction. Certaines de ces raisons concernent la Charte, dont il sera question plus loin. Les demandeurs font aussi valoir que le Règlement dépasse la compétence dont le gouverneur en conseil est investi en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*. À mon avis, dans la mesure où les faits allégués sont vrais, l'allégation concernant la validité du Règlement est défendable et la Cour n'empêchera pas les demandeurs de la soulever à l'instruction.

Cette question, qui est fondamentale pour l'action 22
en l'espèce, peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationaux spécifiques qui, dans la mesure où ils sont considérés comme une source de droit, seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite. Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, de la même façon qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres sources, p. ex., des jugements ou des lois, et cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit, qui ne doivent pas être plaidés. À mon avis, il y a lieu de radier du dossier les phrases, mots ou expressions renvoyant à des conventions particulières au paragraphe 8 de la déclaration et aux alinéas 3a), b), c) et d) de la réponse à la demande de précisions.

J'ordonne que les mots [TRADUCTION] «et allant à 23
l'encontre de la liberté en mer et de la règle de

struck in paragraph 16 of the statement of claim because they constitute a conclusion of law.

droit» du paragraphe 16 de la déclaration soient radiés, parce qu'ils constituent une conclusion de droit.

24 The defendants' final objection in relation to international law allegations concerns portions of responses to the demand for particulars concerning the laws intended by use of the adjective "unlawful" or the adverb "unlawfully", in paragraphs 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 28, 30 and 43 of the statement of claim. The reply refers, *inter alia*, to breach of "international law giving exclusive jurisdiction to the flag state". Those descriptive words refer to a source of law upon which the plaintiffs rely, set out in the reply, as the defendants requested. In my opinion, they should not be struck out.

24 La dernière objection des défendeurs au sujet des allégations relevant du droit international concerne les parties des réponses à la demande de précisions qui portent sur les lois visées par l'utilisation de l'adjectif «illégal» ou de l'adverbe «illégalement» aux paragraphes 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 28, 30 et 43 de la déclaration. La réponse renvoie, notamment, à la transgression des [TRADUCTION] «règles de droit international accordant la compétence exclusive à l'État du pavillon». Ces mots descriptifs renvoient à une source de droit que les demandeurs invoquent et qui est précisée dans la réponse, comme les défendeurs l'ont demandé. À mon avis, ils ne devraient pas être radiés.

25 My opinion about the portions to be struck is based on my conclusion that those matters now to be deleted are immaterial and redundant to the plaintiffs' claim. They do not state material facts, but rather they plead law, a matter not to be pleaded, for it is unnecessary to do so. Thus, I would strike them pursuant to paragraph 419(1)(b) of the Rules.

25 J'en arrive à cette conclusion au sujet des parties susmentionnées à radier parce qu'à mon avis, elles ne sont pas essentielles et sont redondantes. Elles ne portent pas sur des faits essentiels, mais plutôt sur des points de droit, questions qui ne doivent pas être alléguées, parce que ce n'est pas nécessaire. En conséquence, il y a lieu de radier ces parties conformément à l'alinéa 419(1)b) des Règles.

26 I should make it clear that I do not direct striking out the words "established principles of international law" in paragraph 8 of the statement of claim, or the principles referred to by general descriptions in paragraph 3 of the reply to defendants' demand for particulars, or the general references in paragraphs 14 and 15 of the reply to "International Law giving exclusive jurisdiction to the Flag State". In my opinion, paragraph 8 describes the operation of the *Estai* under the Spanish flag and the legal regime, including various sources of law, under which she was operating prior to her seizure, including Spanish law and Canadian law. That regime is said also to include established principles of international law, a matter I consider a part of the factual description of the legal regime here applicable. In so far as the defendants requested particulars of the established principles of international law, they have them in paragraph 3 of the particulars, without reference to

26 J'aimerais préciser que je n'ordonne pas la radiation des mots [TRADUCTION] «principes reconnus du droit international» du paragraphe 8 de la déclaration, ni des principes visés par les descriptions générales du paragraphe 3 de la réponse à la demande de précisions des défendeurs ou encore des renvois généraux, aux paragraphes 14 et 15 de la réponse, aux [TRADUCTION] «règles de droit international accordant la compétence exclusive à l'État du pavillon». À mon avis, le paragraphe 8 décrit l'exploitation du navire *Estai* sous le pavillon espagnol et le régime juridique, y compris différentes sources de droit, auquel le navire était assujéti avant sa saisie, notamment le droit espagnol et le droit canadien. Ce régime comprendrait également les principes reconnus du droit international, question qui, à mon avis, fait partie de la description factuelle du régime juridique applicable en l'espèce. Dans la mesure où les défendeurs ont demandé des précisions au sujet des

specific conventions or treaties which are said to include those principles, but which conventions are not to be pleaded and which I direct now be struck. The general description of international law, in paragraphs 14 and 15 of the reply, as one of the sources of law included in the plaintiffs' meaning in use of the words "unlawful" or "unlawfully" in various paragraphs of the statement of claim, was simply provided as part of the plaintiffs' response to the defendants' request for particulars. No argument was here directed to striking "unlawful" or "unlawfully" in all of their uses in the statement of claim, and the general descriptions of sources of law, set out in the reply in response to the defendants' request, as bases for that assessment should not be struck from the reply.

Allegations of malicious prosecution

27 The defendants contend that allegations that the laying of charges was unlawful, made in bad faith, without reasonable and probable grounds, that it was a blatant misuse of prosecutorial power and was malicious, all should be struck out. They urge that these allegations by the plaintiffs are scandalous, frivolous, vexatious and do not disclose any reasonable cause of action.

28 Those portions of the statement of claim in this category include:

(i) in paragraph 30 of the statement of claim, the words "and made in bad faith" in describing the actions of the defendants' servants in boarding the *Estai* and in the subsequent laying of charges against the Master, i.e. the second plaintiff in the action, and the vessel.

(ii) the whole of paragraph 41 of the statement of claim, which refers to a dispute between Canada and the European Community in which the seizure and arrest of the *Estai* and its master, and the laying of charges, are alleged to have been for the purpose of forcing the Community to accept Canadian proposals in relation to turbot and perhaps other species. The paragraph concludes:

principes reconnus du droit international, ils les ont obtenues au paragraphe 3 desdites précisions, sans tenir compte des conventions ou traités spécifiques qui renferment ces principes, lesquelles conventions ne doivent cependant pas être invoquées et doivent donc être radiées. La description générale, aux paragraphes 14 et 15 de la réponse, des règles de droit international comme l'une des sources de droit visées par les mots «illégal» ou «illégalement» que les demandeurs ont utilisés dans différents paragraphes de la déclaration, constituait simplement une partie de la réponse qu'ils ont fournie par suite de la demande de précisions des défendeurs. Les défendeurs n'ont nullement demandé que les mots «illégal» ou «illégalement» soient radiés partout où ils étaient utilisés dans la déclaration et les descriptions générales des sources de droit qui sont mentionnées dans la réponse par suite de la demande des défendeurs et qui constituent un fondement de l'évaluation de ladite réponse ne devraient pas en être radiées.

Allégations de poursuites abusives

Les défendeurs soutiennent que les allégations selon lesquelles les accusations étaient illégales et abusives, qu'elles ont été portées de mauvaise foi et sans motif raisonnable et qu'elles découlaient manifestement d'un exercice abusif du pouvoir de poursuivre devraient toutes être radiées. Selon les défendeurs, ces allégations des demandeurs sont scandaleuses, futiles ou vexatoires et ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. 27

Voici les parties de la déclaration qui appartiennent à cette catégorie: 28

(i) au paragraphe 30 de la déclaration, les mots [TRADUCTION] «et faites de mauvaise foi» qui sont utilisés pour décrire les actions des préposés de la défenderesse lors de l'arraisonnement du navire «*ESTAI*» et des accusations subséquemment portées contre le capitaine, c'est-à-dire le demandeur dans l'action, et le navire.

(ii) l'ensemble du paragraphe 41 de la déclaration, qui renvoie à un conflit entre le Canada et la Communauté européenne et selon lequel la saisie du navire *Estai* et l'arrestation de son capitaine et les accusations portées contre eux visaient à forcer la Communauté à accepter les propositions canadiennes au sujet du turbot et peut-être au sujet de certaines autres espèces. Voici la conclusion de ce paragraphe:

The Plaintiffs state that the defendants did not have reasonable and probable grounds for the institution of proceedings against the Plaintiff . . . Gonzalez and the . . . *Estai*, and used the criminal justice system for ends which it was not designed to serve and thereby abused the offices of the Attorney General and Minister of Fisheries and Oceans. The Plaintiffs state that the seizure, arrests and charges were made in bad faith by the Defendants and that the prosecutions were malicious.

(iii) in paragraph 42 of the statement of claim, which refers to actions of the defendants in using water canon and guns and in boarding the *Estai* under force of automatic weapons on the high seas, as being high-handed and oppressive, justifying punitive damages, the pleading concludes in the following words that the defendants move to strike out:

The Plaintiffs state further that the actions of the Defendants were precipitated by a breakdown in the fish quota system theretofore in force and the laying of charges against the Plaintiff . . . Gonzalez and the . . . "ESTAI" and the bargaining by the Defendants in relation to such charges involved blatant misuse of the prosecutorial power and abuse of process, and justify an award of punitive and exemplary damages against the Defendants.

(iv) paragraph 12 of the plaintiffs' reply to demand for particulars should also be struck in its entirety, so the defendants contend. That paragraph provides:

Particulars of the bargaining are that the Defendants between the 12th day of March and the 16th day of April 1995 negotiated with the European Union concerning Fish Quotas and regulations of Fishing Vessels of the European Union and Canada in International Waters to the East of Canadian Fisheries Waters. Particulars of the bargaining are within the knowledge of the Defendants who were participants in the bargaining. The boarding and arrest of the "ESTAI" were used as a means to force the European Union to the bargaining table, and when Agreement was reached between the European Union and Canada on the 16th day of April, 1995 it was conditional upon the charges against the Plaintiff Enrique Davila Gonzalez and against the "ESTAI"; being stayed, the bail for Captain Davila being returned, the bond for the "ESTAI" being returned, and the fish seized from the "ESTAI" being returned. The bargaining took place between the European Union and Canada.

29 The basis of the defendants' claim to strike allegations of malicious prosecution is that the elements

[TRADUCTION] Les demandeurs déclarent que les défendeurs n'avaient pas de motifs raisonnables d'intenter des poursuites contre le demandeur . . . Gonzalez et le . . . navire «ESTAI» et qu'ils ont utilisé le système de justice pénale à des fins auxquelles il n'était pas destiné et ont donc exercé de façon abusive les fonctions du procureur général et du ministre des Pêches et Océans. Les demandeurs affirment que la saisie, les arrestations et les accusations ont été faites de mauvaise foi par les défendeurs et que les poursuites étaient abusives.

(iii) au paragraphe 42 de la déclaration, où ils décrivent l'utilisation par les défendeurs du canon à eau et des mitrailleuses et l'arraisonnement du navire *Estai* en haute mer à l'aide d'armes automatiques comme des mesures tyranniques et oppressives justifiant des dommages-intérêts punitifs, les demandeurs concluent par les mots suivants dont les défendeurs demandent la radiation:

[TRADUCTION] Les demandeurs ajoutent que les actions des défendeurs ont été précipitées par une faille du régime de quota de pêche en vigueur jusqu'à cette date et que les accusations portées contre le demandeur . . . Gonzalez et le . . . navire «ESTAI» ainsi que la négociation entreprise par les défendeurs relativement à celles-ci constituaient manifestement un exercice abusif du pouvoir de poursuivre et une procédure abusive qui justifient l'octroi de dommages-intérêts punitifs et exemplaires contre eux.

(iv) le paragraphe 12 de la réponse des demandeurs à la demande de précisions devrait également être radié en entier, de l'avis des défendeurs. Voici le texte de ce paragraphe:

[TRADUCTION] Entre le 12 mars et le 16 avril 1995, les défendeurs ont négocié avec l'Union européenne au sujet des quotas de poisson et des règlements applicables aux bateaux de pêche de l'Union européenne et du Canada dans les eaux internationales à l'est des eaux des pêcheries canadiennes. Les défendeurs sont au courant des détails relatifs à cette négociation, à laquelle ils ont participé. L'arraisonnement et la saisie du navire «ESTAI» visaient à forcer l'Union européenne à s'asseoir à la table de négociation et, lorsqu'une entente a été conclue entre l'Union et le Canada le 16 avril 1995, elle était assujettie à la condition que les accusations portées contre le demandeur Enrique Davila Gonzalez et le navire «ESTAI» soient suspendues, à ce que le cautionnement relatif au capitaine Davila et au navire «ESTAI» soit remis et à ce que le poisson saisi à bord du navire «ESTAI» soit retourné. La négociation a eu lieu entre l'Union européenne et le Canada.

Pour demander la radiation des allégations de poursuites abusives, les défendeurs soutiennent que 29

of the tort or wrong of malicious prosecution are said not to be established by the plaintiffs' claims. It is urged the plaintiffs could not succeed in relation to these allegations which thus are frivolous and vexatious, in the circumstances here.

30 In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at pages 192-194, Lamer J., as he then was, set out the test for malicious prosecution.

There are four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution:

- a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- c) the absence of reasonable and probable cause;
- d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

...

Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would ordinarily lead any ordinary prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed"

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of a reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney In my view, this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice

. . . a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task. Not only does the plaintiff have the notoriously difficult task of establishing a negative, that is

les éléments du délit ou de la faute que constituent les poursuites abusives n'ont pas été établis dans les allégations des demandeurs. Selon les défendeurs, les demandeurs ne pourraient avoir gain de cause en ce qui a trait à ces allégations, qui sont donc futiles et vexatoires dans les circonstances.

Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, aux pages 192 à 194, le juge Lamer, alors juge puîné, a énoncé en ces termes les critères applicables aux poursuites abusives: 30

Le demandeur doit prouver quatre éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

...

Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] «la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question»

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminel

. . . un demandeur qui intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile. Il doit non seulement s'acquitter de la tâche notoirement difficile

the absence of a reasonable and probable cause, but he is held to a very high standard of proof to avoid a non-suit or directed verdict.

de prouver un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de motif raisonnable et probable, mais il doit également satisfaire à une norme très élevée en matière de preuve s'il veut éviter le non-lieu ou le verdict imposé.

31 The plaintiffs contend the elements of the tort of malicious prosecution are indeed pleaded by the statement of claim and particulars, stressing those aspects which allege the malicious or improper purpose of the actions of the defendants' servants. However, as the defendants point out, there is no evidence or allegation that the corporate plaintiff was charged with an offence. In so far as the plaintiff Gonzalez is concerned, the defendants contend that the factual basis supporting charges against him under the *Coastal Fisheries Protection Act* and Regulations is, in fact, included in the plaintiffs' own pleadings. Section 5.2 of the Act, as enacted in 1994 by S.C. 1994, c. 14 [section 2], provides:

5.2 No person, being aboard a foreign fishing vessel of a prescribed class, shall, in the NAFO Regulatory Area, fish or prepare to fish for a straddling stock in contravention of any of the prescribed conservation and management measures.

The Regulations, as amended, include Spanish vessels in the prescribed class, and provide for fish of various species, including turbot, the species apparently being fished by the *Estai*.

Les demandeurs soutiennent quant à eux que les éléments du délit de poursuites abusives sont effectivement invoqués dans leur déclaration et leurs précisions, les demandeurs ayant relevé les aspects relatifs à l'objet malveillant ou inapproprié des mesures prises par les préposés des défendeurs. Cependant, comme les défendeurs le soulignent, il n'est nullement prouvé ni même allégué que la demanderesse a été accusée d'avoir commis une infraction. Dans la mesure où le demandeur Gonzalez est concerné, les défendeurs soutiennent que les faits justifiant les accusations portées contre lui sous le régime de la *Loi sur la protection des pêcheries côtières* et du Règlement s'y rapportant sont énoncés dans les plaidoiries des demandeurs eux-mêmes. L'article 5.2 de la Loi, édicté en 1994 par L.C. 1994, ch. 14 [article 2], prévoit ce qui suit:

5.2 Il est interdit aux personnes se trouvant à bord d'un bateau de pêche étranger d'une classe réglementaire de pêcher, ou de se préparer à pêcher, dans la zone de réglementation de l'OPAN, des stocks chevauchants en contravention avec les mesures de conservation et de gestion prévues par les règlements.

Le Règlement modifié a pour effet d'inclure les navires espagnols dans la classe réglementaire et couvre les poissons de différentes espèces, notamment le turbot, espèce apparemment pêchée par le navire *Estai*.

32 I am persuaded the defendants are right that the plaintiffs' pleadings establish that those acting on behalf of the defendants acted with reasonable and probable cause under the Act and the Regulations. The plaintiffs contest the validity of the Regulations, but in my opinion, even if they succeed at trial, those acting for the defendants in March 1995 under the Act and the Regulations then said to be applicable were acting with reasonable and probable cause at that time.

À mon avis, les défendeurs ont raison de dire que les plaidoiries des demandeurs établissent que les personnes ayant agi au nom des défendeurs se sont fondées sur des motifs raisonnables aux termes de la Loi et du Règlement. Les demandeurs contestent la validité du Règlement; cependant, à mon sens, même s'ils ont gain de cause à l'instruction, les personnes qui ont agi au nom des défendeurs en mars 1995 aux termes de la Loi et du Règlement qui s'appliquaient alors se sont fondées sur des motifs raisonnables à l'époque.

33 In my opinion, in the circumstances, their actions could be said to be supported by the presumption of

À mon sens, dans les circonstances, il est permis de dire que leurs mesures étaient appuyées par la

validity of legislation, a presumption still applicable, until it may be found otherwise at a future trial. It is not possible, in my view, for the plaintiffs to establish that in March 1995, those acting on behalf of the defendants did so without reasonable and probable cause.

34 Further, in so far as the plaintiffs urge the amending Regulations were enacted for an unlawful purpose, even if they succeed in establishing that at trial, it concerns the validity of the Regulations, and not the nature, tortious or otherwise, of any prosecution under the Regulations.

35 In my opinion, one of the key elements of the tort of malicious prosecution has not here been pleaded and, in my view, that element, the absence of reasonable and probable cause, could not be established here even if it were pleaded. My conclusion is that the allegations concerning malicious prosecution should be struck from the plaintiffs' pleadings, including most of that requested by the defendants. I would not order to be struck out, for this reason, words in paragraph 12 of the reply to demand for particulars which refer to negotiations between Canada and the European Union, which respond to the defendants' request. Only those words in lines 8 to 10 of that paragraph, referring to the purpose for the boarding and arrest of the *Estai* as related to the claim for malicious prosecution, are ordered to be struck out.

Allegations concerning Charter violations

36 The plaintiffs allege violation of several Charter rights, all of which the defendants move should be struck out as frivolous and vexatious, and not disclosing any reasonable cause of action. I summarize the plaintiffs' claims, the objections of the defendants and my own conclusions as follows.

37 In regard to section 7 of the Charter, the plaintiffs allege in paragraph 34 that amendments to the Act by P.C. 1995-372 of March 3, 1995, by which I infer they mean amendments to the Regulations,

présomption de validité d'un texte législatif, laquelle présomption s'applique encore, sauf si elle est réfutée dans une action ultérieure. Ainsi, les demandeurs ne pourraient prouver qu'en mars 1995, les personnes agissant au nom des défendeurs n'avaient aucun motif raisonnable d'agir comme elles l'ont fait.

De plus, dans la mesure où les demandeurs soutiennent que le Règlement portant modification visait un objet illégal, même s'ils ont gain de cause à ce sujet à l'instruction, cette question concerne la validité du Règlement et non la nature, délictueuse ou autre, d'une poursuite fondée sur ledit Règlement.

À mon avis, un des éléments clés du délit de poursuites abusives n'a pas été plaidé en l'espèce et cet élément, soit l'absence de motif raisonnable, ne pourrait être établi même s'il avait été invoqué. J'en arrive à la conclusion que la plupart des allégations qui concernent les poursuites abusives et dont les demandeurs demandent la radiation devraient être radiées des plaidoiries des demandeurs. Pour cette raison, je ne suis pas disposé à ordonner la radiation des mots du paragraphe 12 de la réponse à la demande de précisions qui renvoient aux négociations entre le Canada et l'Union européenne et qui visent à répondre à la demande des défendeurs. Seuls les mots des lignes 8 à 10 de ce paragraphe qui renvoient à l'objet de l'arraisonnement et de l'arrestation du navire *Estai* dans le contexte du délit de poursuites abusives doivent être radiés.

Allégations concernant les contraventions à la Charte

Les demandeurs soutiennent que certains droits reconnus par la Charte ont été transgressés et les défendeurs demandent la radiation de toutes ces allégations au motif qu'elles sont futiles ou vexatoires et qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. Voici un résumé des allégations des demandeurs, des objections des défendeurs et de mes propres conclusions à ce sujet.

En ce qui a trait à l'article 7 de la Charte, les demandeurs allèguent, au paragraphe 34, que les modifications apportées à la Loi par le décret C.P. 1995-372 du 3 mars 1995, qui constituent en réalité

34

35

36

37

violate the rights to "life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". That violation is said to arise by the inclusion of Spanish and Portuguese vessels, but not vessels generally, within the ambit of the Regulations and in purporting to impose conservation and management measures on those vessels only.

des modifications apportées au Règlement, vont à l'encontre de cette disposition, selon laquelle «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Cette transgression découlerait du fait que le Règlement vise les navires espagnols et portugais, plutôt que l'ensemble des navires, et qu'il prévoit l'imposition de mesures de conservation et de gestion à l'égard de ces navires seulement.

38 In argument, counsel for both parties agreed that the corporate plaintiff could not claim rights under section 7 of the Charter, or complain of any alleged violation (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 1004, per Dickson C.J.). I am persuaded by the argument of the defendant that in so far as this allegation concerns the rights of the plaintiff Master of the *Estai*, the complaint is that he is treated differently than others on the basis of nationality, as a result of the description of a "class of vessel" adopted by the 1995 amendments to the Regulations. This is essentially an equality argument within the scope of section 15 of the Charter. Specific equality guarantees falling within section 15 are not also generally considered as falling within the scope of section 7, at least for purposes of considering the validity of legislation or regulations (see *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at page 310, per Lamer C.J.; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at pages 688-689, per Lamer C.J.).

Au cours des plaidoiries, les avocats des deux parties ont convenu que la demanderesse ne pouvait revendiquer des droits fondés sur l'article 7 de la Charte ni soutenir que ces droits auraient été transgressés (voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la page 1004, par le juge en chef Dickson). À l'instar du défendeur, je reconnais que, dans la mesure où cette allégation concerne les droits du demandeur en qualité de capitaine du navire *Estai*, la plainte porte sur le fait qu'il a été traité différemment des autres en raison de sa nationalité, compte tenu de la description d'une «classe» de bateau adoptée par les modifications apportées en 1995 au Règlement. Il s'agit essentiellement d'un argument qui concerne l'égalité et auquel l'article 15 de la Charte s'applique. Les droits à l'égalité qui sont visés par l'article 15 ne sont généralement pas considérés comme des garanties auxquelles s'applique l'article 7, du moins pour l'examen de la validité d'une loi ou d'un règlement (voir *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la page 310, par le juge en chef Lamer; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, aux pages 688 et 689, par le juge en chef Lamer).

39 I conclude that the allegation, in paragraph 34 of the statement of claim, of violation of section 7 of the Charter by reason of the 1995 amendment to the Regulations should be struck. It is frivolous and discloses no reasonable cause of action since it would not succeed at trial as a basis for the relief claimed.

J'en arrive à la conclusion que l'allégation qui figure au paragraphe 34 de la déclaration et selon laquelle les modifications apportées en 1995 au Règlement vont à l'encontre de l'article 7 de la Charte devrait être radiée. Cette allégation est futile et ne révèle aucune cause d'action raisonnable, étant donné qu'elle ne serait pas retenue à l'instruction comme fondement de la réparation demandée.

40 In regard to section 8 of the Charter, the plaintiffs allege in paragraph 35 of the statement of claim that

En ce qui a trait à l'article 8 de la Charte, les demandeurs allèguent, au paragraphe 35 de leur

the Regulations as amended in 1995, by applying to Spanish or Portuguese vessels but not vessels of any other country, purport to authorize unreasonable search and seizure in contravention of section 8. In support of their claim, plaintiffs urge that the owner of the ship and employer of its master, and the Master himself, have rights to complain, and to claim in damages that search and seizure under the Act and Regulations is unconstitutional and contrary to section 8 of the Charter.

déclaration, qu'en s'appliquant aux navires espagnols ou portugais, mais non aux navires des autres pays, le Règlement modifié en 1995 vise à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies abusives, contrairement à l'article 8. Au soutien de leur allégation, les demandeurs font valoir que le propriétaire du navire, l'employeur du capitaine de celui-ci et le capitaine lui-même ont le droit de soutenir que les fouilles, perquisitions et saisies fondées sur la Loi et le Règlement sont inconstitutionnelles, parce qu'elles vont à l'encontre de l'article 8 de la Charte, et de réclamer une indemnité à cet égard.

41 I am persuaded that the defendants are correct that search and seizure of vessels perceived to contravene the Act and Regulations thereunder, is provided for by the Act, and that the Regulations provide for use of reasonable force in detaining vessels at sea. None of those provisions single out Spanish and Portuguese vessels exclusively, though the Regulations as amended do regulate fishing only for vessels of those nationalities, in addition to stateless vessels or vessels of designated countries commonly accepted as providing flags of convenience for registration of vessels over which little or no actual control is exercised. I agree with the defendants that the claim as stated in paragraph 35, related as it is to the perceived discriminatory treatment of Spanish and Portuguese vessels, is a claim in the nature of one concerned with equality, within the context of section 15 of the Charter, and it does not lie within section 8. If there be a claim that unreasonable search and seizure is provided for under the Regulations, in my opinion that is not because the Act and Regulations permit search and seizure principally or only of Spanish and Portuguese vessels. The claim as stated in paragraph 35 of the statement of claim is not one the Court would recognize as a basis for the relief here sought, and in my opinion it should be struck out as frivolous and one that discloses no cause of action.

À mon avis, les défendeurs ont raison de dire que la Loi permet les fouilles, perquisitions et saisies des navires qui ne respectent pas la Loi et le Règlement et que, selon celui-ci, une force raisonnable doit être utilisée pour la détention des navires en mer. Aucune de ces dispositions ne s'applique exclusivement aux navires espagnols ou portugais, même si le Règlement modifié régit la pêche uniquement dans le cas des navires appartenant à ces nationalités ainsi que des navires sans nationalité et des navires de certains pays communément reconnus comme des pays qui fournissent des pavillons de complaisance pour l'immatriculation de bateaux faisant par ailleurs l'objet d'un contrôle minime. À l'instar des défendeurs, j'estime que l'allégation énoncée au paragraphe 35, qui concerne le traitement discriminatoire des navires espagnols et portugais, est une revendication portant sur l'égalité dans le contexte de l'article 15 de la Charte et non de l'article 8. S'il est possible d'alléguer que le Règlement permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives, ce n'est pas parce que la Loi et le Règlement autorisent ces mesures uniquement ou principalement à l'égard des navires espagnols ou portugais. La Cour ne reconnaîtrait donc pas cette allégation du paragraphe 35 de la déclaration comme fondement de la demande de réparation; à mon avis, cette allégation devrait donc être radiée, parce qu'elle est futile et ne révèle aucune cause d'action.

42 In paragraph 24 of the statement of claim, it is alleged that on arrival of the *Estai* at St. John's, the defendants refused to allow both the Captain and the vessel a reasonable time or opportunity to instruct

Au paragraphe 24 de leur déclaration, les demandeurs allèguent qu'à l'arrivée du navire *Estai* à St. John's, les défendeurs ont refusé de fournir au capitaine et au navire une possibilité raisonnable de

counsel about charges against them, contrary to paragraph 10(b) of the Charter, which assures everyone the right, on arrest or detention, to retain and instruct counsel without delay. The facts allege that the Captain was given no time to consult counsel before his court appearance, but no such detail is expressly stated in relation to the vessel, other than the general denial of a reasonable time to instruct counsel.

43 It is uncertain that the owners of a vessel arrested would have rights within paragraph 10(b) of the Charter. That matter may be left for determination at trial if the plaintiffs amend the statement of claim by pleading the facts underlying their complaint of an unreasonable time for the owners to consult counsel. In the circumstances, the failure to amend paragraph 24 of the statement of claim within a reasonable time fixed by the order disposing of the motion to strike will result in striking the references to the *Estai* to which the defendants' motion objects.

44 The plaintiffs' final Charter allegations, objected to by the defendants, as set out in paragraphs 32 and 33 of the statement of claim, are that the Regulations, by purporting to bring two nations and no others within the ambit of Canadian regulation, and by prescribing conservation and management measures applicable only to vessels of those nations, violate the plaintiffs' right under section 15 of the Charter. The Regulations are said to be discriminatory on the basis of race, national origin and ethnic origin.

45 The defendants rightly point out that the Regulations are applicable to vessels of Spain and Portugal, not to individuals, but in my view it would be ignoring a substantive effect of the Regulations as amended in 1995 to preclude, by striking out at this stage, opportunity for argument at trial that persons sailing those vessels, ordinarily nationals of the state whose flag a particular vessel sails, at least in the

retenir les services d'un avocat au sujet des accusations portées contre eux, contrairement à l'alinéa 10b) de la Charte, qui assure à chacun le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention. D'après les faits allégués, le capitaine n'a pas eu le temps de consulter un avocat avant de comparaître devant le tribunal, mais aucune précision de cette nature n'est donnée de façon explicite dans le cas du navire, sauf l'allégation générale quant à l'impossibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, faute de temps.

Il n'est pas certain que les propriétaires d'un navire saisi auraient des droits au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Cette question pourra être soumise à l'instruction, si les demandeurs modifient leur déclaration en invoquant les faits sur lesquels ils se fondent pour soutenir que les propriétaires du navire n'ont pas eu suffisamment de temps pour consulter un avocat. Dans les circonstances, l'omission de modifier le paragraphe 24 de la déclaration dans le délai raisonnable fixé par l'ordonnance concernant la demande de radiation entraînera la radiation des renvois au navire *Estai* auxquels les défendeurs s'opposent.

44 Selon les dernières allégations des demandeurs qui concernent la Charte, auxquelles les défendeurs s'opposent et qui figurent aux paragraphes 32 et 33 de la déclaration, le Règlement va à l'encontre du droit des demandeurs qui est reconnu à l'article 15 de la Charte en cherchant à assujettir deux nations seulement à la réglementation canadienne et en prescrivant des mesures de conservation et de gestion applicables uniquement aux navires de ces nations. Le Règlement créerait une forme de discrimination fondée sur la race, l'origine nationale et l'origine ethnique.

45 Les défendeurs soulignent à juste titre que le Règlement s'applique aux navires de l'Espagne et du Portugal et non aux personnes physiques; cependant, à mon avis, le fait d'empêcher, par la radiation à ce stade-ci, les demandeurs de soutenir à l'instruction que les personnes pilotant ces navires, habituellement des ressortissants de l'État dont ils battent pavillon, du moins dans le cas des navires espagnols,

case of Spanish vessels, would be directly affected by the application of the Regulations as amended.

46 The defendants urge that in any event, the corporate plaintiff has no reasonable cause of action under section 15 of the Charter, which expressly applies to individuals. The plaintiffs urge that matter is not finally determined, though they acknowledge the denial of corporate standing to claim relief under section 15, expressed by La Forest J., in dissent, without comment on this issue by other members of the Supreme Court, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at page 1382. That lack of standing for a corporation was affirmed by Iacobucci C.J. for the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641, at pages 656-657 with reference to the comments of Stone J.A., concerning standing under section 15 of a on-profit corporation, in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684 (C.A.), at pages 703-704. The defendants also refer to the decision of my colleague Rouleau J. in *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.*, [1989] 2 F.C. 608 (T.D.), at pages 620-622, where His Lordship struck out the defendant's statement of defence and counterclaim in so far as the corporate defendant relied upon section 15 of the Charter, on the ground that section 15 does not apply to corporations. In my opinion, that issue must be accepted as well settled in this Court, and any claim here for relief by the corporate plaintiff based upon section 15 of the Charter is struck out as raising no reasonable cause of action.

47 As for the individual plaintiff, the defendants urge the section 15 claim is frivolous and vexatious and does not disclose a reasonable cause of action because the pleadings do not allege the Regulations "were intended to or did have an adverse effect on him because he is of Spanish nationality or ethnic

seraient directement touchées par l'application du Règlement modifié en 1995 aurait pour effet d'ignorer une conséquence importante dudit Règlement.

46 Les défendeurs font valoir qu'à tout événement, la société demanderesse n'a pas de cause d'action raisonnable aux termes de l'article 15 de la Charte, qui s'applique expressément aux personnes physiques. Selon les demandeurs, cette question n'est pas tranchée de façon définitive, même s'ils reconnaissent le refus aux personnes morales du droit de demander une réparation fondée sur l'article 15, d'après les remarques dissidentes que le juge La Forest a formulées dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la page 1382, et que les autres membres de la Cour suprême n'ont pas commentées. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), aux pages 656 et 657, l'absence de qualité des personnes morales a été confirmée par le juge Iacobucci, juge en chef de la Cour d'appel, qui faisait alors allusion aux commentaires que le juge Stone, également de la Cour d'appel, a formulés au sujet de la qualité d'agir d'une société sans but lucratif aux termes de l'article 15 dans l'arrêt *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.), aux pages 703 et 704. Les défendeurs citent également l'arrêt *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.*, [1989] 2 C.F. 608 (1^{re} inst.), aux pages 620 à 622, où le juge Rouleau a radié les parties de la défense et de la demande reconventionnelle de la défenderesse qui étaient fondées sur l'article 15 de la Charte, au motif que cette disposition ne s'applique pas aux personnes morales. À mon avis, il faut reconnaître que la Cour fédérale a réglé cette question et, par conséquent, toute demande de réparation de la demanderesse fondée sur l'article 15 de la Charte est radiée au motif qu'elle ne soulève aucune cause d'action raisonnable.

47 En ce qui a trait au demandeur, les défendeurs font valoir que l'allégation fondée sur l'article 15 est futile et vexatoire et ne révèle aucune cause d'action raisonnable, parce que le demandeur n'allègue pas que le Règlement [TRADUCTION] «l'a lésé ou visait à le léser parce qu'il est de nationalité ou d'origine

origin”, and moreover, Spanish “fishermen operating in international waters off the coast of Canada are not a group suffering social, political and legal disadvantages in our society”, and thus the Regulations cannot constitute discrimination under section 15 of the Charter.

espagnole» et que, de plus, les [TRADUCTION] «pêcheurs espagnols s’adonnant à la pêche dans les eaux internationales au large de la côte du Canada ne constituent pas un groupe défavorisé sur le plan social, politique et juridique dans notre société», de sorte que le Règlement ne peut créer un traitement discriminatoire aux termes de l’article 15 de la Charte.

48 As for the first of the deficiencies referred to by the defendants, I note that paragraph 32 of the statement of claim, after alleging that the March 1995 amendment to the Regulations is discriminatory, in violation of subsection 15(1) of the Charter, does state that “Spanish nationals sail Spanish vessels”, and it does allege the Regulations as amended discriminate on the basis of ethnic origin. In paragraph 2 of the statement of claim, the individual plaintiff is identified as a master mariner, a resident and citizen of Spain, the Master of the *Estai*. Subsequent paragraphs describe the operations of the vessel, a Spanish vessel, under his command, the chase and seizure of the vessel, and the arrest of its master, its return to St. John’s under command of Canadian officers, and the principal other acts affecting the individual plaintiff. In my view, it is implicit from the statement of claim that application of the Regulations to the Master of the *Estai* had an adverse effect upon him because of his nationality, but if that requires explicit expression, the plaintiffs may so amend that statement.

En ce qui a trait à la première des lacunes relevées par les défendeurs, je souligne qu’au paragraphe 32 de la déclaration, après avoir allégué que la modification apportée au Règlement en mars 1995 est discriminatoire et va à l’encontre du paragraphe 15(1) de la Charte, le demandeur précise que [TRADUCTION] «des ressortissants espagnols pilotent des navires espagnols» et soutient que le Règlement modifié crée une forme de discrimination fondée sur l’origine ethnique. Au paragraphe 2 de la déclaration, le demandeur est décrit comme un capitaine au long cours, un résident et citoyen d’Espagne et le capitaine du navire *Estai*. Dans les paragraphes subséquents, le demandeur décrit l’exploitation du navire, qui est un bateau espagnol, sous son commandement, la poursuite et la saisie du navire, l’arrestation de son capitaine, son retour à St. John’s sous les ordres des fonctionnaires canadiens et les principales autres mesures qui l’ont lésé. À mon avis, il ressort implicitement de la déclaration que l’application du Règlement au capitaine du navire *Estai* a lésé le demandeur en raison de sa nationalité; cependant, s’il est nécessaire d’exprimer clairement cette allégation, les demandeurs peuvent modifier leur déclaration en conséquence.

49 The second deficiency in the section 15 claim to which the defendants point, concerns the essential qualification under section 15 of the Charter that legislation complained of be discriminatory. Section 15 ensures equality “before and under the law and . . . the right to equal protection and equal benefit of the law . . . without discrimination based on race, national or ethnic origin”, in the sense elaborated by McIntyre J. for the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pages 180-181, 182, and by Wilson J. for the Supreme Court in *R. v.*

La deuxième lacune que les défendeurs ont relevée au sujet de l’allégation fondée sur l’article 15 concerne la réserve essentielle selon laquelle la disposition législative contestée doit être discriminatoire. Selon l’article 15, «La Loi . . . s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique» au sens expliqué par le juge McIntyre, de la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pages 1330-1333. In the former, McIntyre J. found that a requirement of citizenship for admission to the provincial bar under the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia [R.S.B.C. 1979, c. 26] was discriminatory since it barred an entire class of persons from certain opportunities for employment solely on grounds of lack of citizenship, though he also found that limitation justified under section 1 of the Charter. In *Turpin*, Wilson J. commented, at pages 1331-1332, on the importance “in most but perhaps not all cases” of considering a broader social context than is afforded by the law in question, of looking to the context of the place of the group affected by the law “in the entire social, political and legal fabric of our society”. The latter qualification on the meaning of discrimination, in my view, is express in the terms of the legislation itself, for on its face, it distinguishes those affected by reference to the national origin of the vessels which they sail, and thus implicitly, it is urged, with reference to the national origin of the individuals affected. In my opinion, in a case such as this, where the questioned legislation is expressly made applicable only to vessels of certain nations, it is unnecessary to consider, as I understood the defendants to urge, whether citizens of those nations are otherwise treated adversely in our society in order to consider whether the questioned legislation is discriminatory in the sense of section 15 of the Charter. Thus, if the Regulations be found at trial to be directed to Spanish and Portuguese fishermen, those persons are by reason of the terms of the Regulations themselves, a “discrete and insular minority” defined in terms of national or ethnic origin no less than those who were not citizens under the law in question in *Andrews*.

143, aux pages 180, 181 et 182, et par M^{me} le juge Wilson, également de la Cour suprême, dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pages 1330 à 1333. Dans la première décision, le juge McIntyre a conclu que la disposition du *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1979, ch. 26] faisant de la citoyenneté une condition préalable à l’admission au barreau provincial était discriminatoire, étant donné qu’elle privait une catégorie entière de personnes de certaines possibilités d’emploi en raison uniquement de l’absence de citoyenneté, même s’il a ajouté que cette restriction était justifiée aux termes de l’article premier de la Charte. Dans l’arrêt *Turpin*, aux pages 1331 et 1332, M^{me} le juge Wilson a commenté l’importance, «le plus souvent, mais peut-être pas toujours», d’examiner le contexte social général de la loi en question, c’est-à-dire d’examiner la place occupée par le groupe visé par la loi «dans les contextes social, politique et juridique de notre société». À mon avis, cette dernière réserve sur le sens de la discrimination reprend les termes de la disposition législative elle-même, car à première vue, elle établit une distinction fondée sur l’origine nationale des navires que les personnes concernées pilotent et, par conséquent, une distinction implicite fondée sur l’origine nationale de celles-ci. Si j’ai bien compris l’argument des défendeurs, lorsque la disposition législative contestée s’applique expressément aux navires de certaines nations seulement, il ne serait pas nécessaire de vérifier si les citoyens de ces nations sont par ailleurs lésés dans notre société afin de déterminer si la loi en question est discriminatoire au sens de l’article 15 de la Charte. Ainsi, s’il est jugé après l’instruction que le Règlement vise les pêcheurs espagnols et portugais, ces personnes constitueront, en raison des termes du Règlement eux-mêmes, une «minorité discrète et isolée» définie par rapport à l’origine nationale ou ethnique tout autant que les personnes qui n’étaient pas citoyens aux termes de la loi examinée dans l’arrêt *Andrews*.

50 In my opinion, at this stage, the issue raised by the pleadings concerning the individual’s claim that the Regulations as amended violate his Charter rights as an individual, under section 15, is to be left for argument at trial and should not be struck from the statement of claim.

À mon avis, à ce stade, la question soulevée dans les plaidoiries quant à la transgression par le Règlement des droits que l’article 15 de la Charte reconnaît à une personne doit être plaidée à l’instruction et ne devrait pas être radiée de la déclaration. 50

Defendants' objections to other allegations of the plaintiffs

51 The defendants object to several other portions of the plaintiffs' statement of claim and of their reply to demand for particulars. The following summary relates to the portions concerned, with a brief statement of the defendants' objection, and my conclusion on each objection. The portions objected to are here identified as (a) to (l), corresponding to the defendants' motion, paragraphs 4(a) to (l).

(a) The words in paragraph 5 of the statement of claim, describing the *Estai*, "and with its certificates, including safety certificate, tonnage certificate, and equipment certificate issued in accordance with the laws of Spain", and paragraph 1(a) of the reply to demand for particulars, responding the defendants' request as to what certificates are included in the term "certificates" in paragraph 5, and which sets out 24 certificates said to have been issued in relation to the *Estai*, those words in paragraph 5 and in paragraph 1(a) of the reply, are now said to be immaterial and embarrassing, so that they should be struck out.

The defendants submit these portions should be struck out since they add nothing to the issues raised by the case, their proof at trial, if required, would not be relevant to the issues. The plaintiffs submit the statement of claim includes reference to general certificates applicable in accord with Spanish law to make clear that the vessel was subject to an active regulatory regime in Spain and that Spain was not simply a convenient forum for vessel registry with no continuing supervisory interest of the Spanish government. Absent any agreement at this stage that the defendants will not contest the application to the *Estai* of Spanish laws of general application in relation to fishing vessels, the words of the statement of claim serve a purpose, amplified by paragraph 1(a) of the reply to defendants' demand for particulars. In my opinion, those words in paragraph 5 and paragraph 1(a) of the reply should not be struck out. The allegations concerning particular certifications of the *Estai* will only require proof if they are contested by the defendants.

Objections des défendeurs concernant certaines autres allégations des demandeurs

Les défendeurs s'opposent à plusieurs autres parties de la déclaration des demandeurs et de la réponse de ceux-ci à la demande de précisions. Voici un résumé des parties concernées, un bref exposé de l'objection des défendeurs et ma conclusion au sujet de chaque objection. Les parties contestées sont désignées par les lettres a) à l), qui correspondent aux alinéas 4a) à l) de la requête des défendeurs.

a) Les mots du paragraphe 5 de la déclaration qui servent à décrire le navire *Estai*, soit [TRADUCTION] «et avec ses certificats, y compris le certificat de sécurité, le certificat de jauge et le certificat de matériel délivrés en application des lois de l'Espagne», ainsi que les mots de l'alinéa 1a) de la réponse à la demande de précisions qui visent à répondre à la demande des défendeurs quant à la question de savoir quels sont les certificats inclus dans le mot «certificats» du paragraphe 5 et à énumérer 24 certificats qui auraient été délivrés à l'égard du navire *Estai* ne seraient pas essentiels et seraient gênants, de sorte qu'ils devraient être radiés.

Les défendeurs soutiennent que ces parties devraient être radiées, étant donné qu'elles n'ajoutent rien aux questions soulevées en l'espèce et que leur preuve à l'instruction, si elle était nécessaire, ne serait nullement pertinente quant aux questions à trancher. De l'avis des demandeurs, la déclaration comprend des renvois aux certificats généraux exigés par la loi espagnole, lesquels renvois visent à indiquer clairement que le navire était assujéti à une réglementation active en Espagne et que ce pays ne constituait pas simplement un endroit utilisé pour l'immatriculation des navires sans que le gouvernement espagnol exerce une surveillance constante à leur égard. En l'absence d'une entente à ce stade-ci par laquelle les défendeurs conviendraient de ne pas contester l'application au navire *Estai* des lois espagnoles de portée générale à l'égard des bateaux de pêche, les mots de la déclaration sont utiles et sont explicités par l'alinéa 1a) de la réponse à la demande de précisions des défendeurs. À mon avis, ces mots du paragraphe 5 et de l'alinéa 1a) de la réponse ne devraient pas être radiés. Les allégations concernant

51

(b) The defendants urge that paragraphs 6, 9 and 10 of the statement of claim be struck as immaterial and embarrassing. Those paragraphs describe the sailing of the *Estai*, in October 1994, from Spain to fishing grounds on the Grand Banks in the NAFO zone east of Canadian fisheries waters, fishing in those waters from November 3, 1994, until February 5, 1995, when with a death aboard the vessel she sailed to St. Pierre, and thereafter returned to fishing in the NAFO zone until March 9, 1995.

The plaintiffs say there is nothing prolix or prejudicial in the paragraphs referred to, that they do establish the nature, length and location of the fishing voyage on which the *Estai* was engaged. That may be so, but I am not persuaded that the details of her voyage prior to the events of significance in March 1995 are relevant to the plaintiffs' claims. In my opinion, paragraphs 6, 9 and 10 deal with facts that are generally immaterial to the plaintiffs' claims and thus should be struck out. A few facts alleged may be considered material by the plaintiffs, e.g., that in early March 1995, the *Estai* was fishing in the NAFO zone east of Canadian fisheries waters, an area of traditional fishing for Spanish vessels, continuing a fishing voyage begun in November 1994. If that is the case, the plaintiffs have opportunity to amend the statement of claim in accord with the order now issued.

(c) Paragraph 7 of the statement of claim, referring to the *Estai*, her master and crew fishing under licence of the European Community and of Spain, is said by the defendants to be immaterial and embarrassing and should be struck out. The defendants urge that it is immaterial whether the vessel was operating under authorization of Spain and of the European Community, that it makes no difference to

les certificats du navire *Estai* ne devront être prouvées que si les défendeurs les contestent.

b) Les défendeurs font valoir que les paragraphes 6, 9 et 10 de la déclaration devraient être radiés, parce qu'ils ne sont pas essentiels et qu'ils sont gênants. Ces paragraphes concernent le départ du navire *Estai*, en octobre 1994, de l'Espagne en direction des fonds de pêche situés dans les Grands Bancs de la zone de réglementation de l'OPAN, à l'est des eaux des pêcheries canadiennes, la pêche dans ces eaux du 3 novembre 1994 jusqu'au 5 février 1995, date à laquelle il a pris la route en direction de St-Pierre par suite d'un décès survenu à bord, et le retour du navire dans la zone de réglementation de l'OPAN jusqu'au 9 mars de la même année.

Les demandeurs répondent que les paragraphes en question ne renferment aucun élément prolix ou préjudiciable et qu'ils établissent la nature, la durée et l'endroit du voyage de pêche du navire *Estai*. C'est possible, mais je ne suis pas convaincu que les renseignements donnés au sujet de la période précédant les événements importants survenus en mars 1995 sont pertinents quant aux allégations des demandeurs. À mon avis, les paragraphes 6, 9 et 10 concernent des faits qui, dans l'ensemble, n'ont rien à voir avec les allégations des demandeurs et devraient donc être radiés. Il se peut que les demandeurs jugent pertinents certains faits qu'ils ont allégués, notamment le fait qu'au début de mars 1995, le navire *Estai* s'adonnait à la pêche dans la zone de réglementation de l'OPAN située à l'est des eaux des pêcheries canadiennes, région où les bateaux espagnols se rendaient habituellement pour pêcher, et que ledit navire poursuivait un voyage de pêche entrepris en novembre 1994. Si tel est le cas, les demandeurs pourront modifier leur déclaration conformément à la présente ordonnance.

c) Les défendeurs font valoir que le paragraphe 7 de la déclaration, qui renvoie au navire *Estai* ainsi qu'à son capitaine et à son équipage qui s'adonnaient à la pêche aux termes d'un permis de la Communauté européenne et de l'Espagne, devrait être radié au motif qu'il est gênant et n'est pas essentiel. Selon les défendeurs, le fait que le navire était exploité ou non suivant l'autorisation de l'Espagne et de la

the issue of whether it was subject to application of valid Canadian regulations. The plaintiffs urge that it is a material fact that the vessel was operating on the high seas under authorization of her own flag state and the Community. It was not simply operating without any authorization. In my opinion, there is merit in the plaintiffs' purpose for this pleading of facts which I would hope the defendants would come to accept without contesting and the necessity for proof, and I would not strike paragraph 7 of the statement of claim. I might note that the defence is likely to rely upon the fact that the vessel was a Spanish fishing vessel and it is anomalous that objection is made to allegation that the *Estai* was fishing under licence issued by Spain.

(d) The defendants say that the words "Spanish Law" in paragraph 8 of the statement of claim, and in paragraphs 1(b) and 2 of the reply to demand for particulars, which set out the basis in Spanish laws for certificates and licences issued in relation to the *Estai*, should be struck out as immaterial and embarrassing. It is urged these portions add nothing to the basic claims of the plaintiffs. I agree with the plaintiffs that there is merit in stating that at least until the incidents giving rise to this action, the vessel operated under the exclusive jurisdiction of Spain. Paragraph 8 of the statement of claim, as we have earlier seen, alleges that the *Estai* at all material times, *inter alia*, was subject to the exclusive jurisdiction of Spain pursuant to various sources of law, including "established principles of international law". I have earlier determined that source of law, as described, should not be struck out. Similarly, I would not strike out the words "Spanish Law" from paragraph 8, or the words "Canadian Law" about which no question is raised. While it is unusual to include sources of law in pleadings, in my view, it is of assistance in a case like this where the incidents giving rise to the plaintiffs' claims commenced outside the territorial limits of Canada and its territorial or fisheries waters. The content of the law, from each of the sources referred to, which is relevant in this case, need not require proof at trial, if there is an appropriate measure of co-operation

Communauté européenne n'a aucune importance et ne change rien à la question de savoir s'il était assujéti à l'application des règlements canadiens valables. Les demandeurs répondent en disant qu'il est important de savoir que le navire était exploité en haute mer conformément à l'autorisation du pays dont il battait pavillon et de la Communauté. Il n'était pas simplement utilisé sans aucune autorisation. À mon avis, cette allégation de fait des demandeurs est justifiée et je souhaite que les défendeurs l'acceptent sans la contester ni en exiger la preuve; par conséquent, je ne suis pas disposé à radier le paragraphe 7 de la déclaration. J'ajoute que les défendeurs invoqueront probablement le fait que le navire était un bateau de pêche espagnol et que leur objection à l'allégation selon laquelle le navire *Estai* pêchait aux termes d'un permis délivré par l'Espagne est illogique.

d) Les défendeurs allèguent que les mots [TRADUCTION] «droit espagnol» du paragraphe 8 de la déclaration ainsi que de l'alinéa 1b) et du paragraphe 2 de la réponse à la demande de précisions, qui énoncent le fondement des certificats et permis délivrés à l'égard du navire *Estai*, devraient être radiés au motif qu'ils sont gênants et ne sont pas essentiels. Selon les défendeurs, ces éléments n'ajoutent rien aux allégations fondamentales des demandeurs. À l'instar des demandeurs, je reconnais qu'il est pertinent de mentionner qu'au moins jusqu'aux incidents ayant donné lieu à l'action en l'espèce, le navire était assujéti à la compétence exclusive de l'Espagne. Au paragraphe 8 de la déclaration, qui a déjà été commenté, il est allégué qu'en tout temps pertinent, le navire *Estai* était assujéti à la compétence exclusive de l'Espagne conformément à différentes sources de droit, y compris [TRADUCTION] «les principes reconnus du droit international». J'ai déjà conclu que la source de droit ainsi décrite ne devrait pas être radiée. De la même façon, je ne suis pas disposé à radier les mots «droit espagnol» du paragraphe 8, ni les mots «droit canadien», au sujet desquels aucune question n'est soulevée. Même s'il est inhabituel de mentionner des sources de droit dans des plaidoiries, cette mention m'apparaît utile lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les incidents ayant donné lieu aux réclamations des demandeurs ont débuté en dehors des limites territoriales

between counsel in preparing for and in arguing at trial.

Thus, I am not disposed to strike out the reference to “Spanish Law” in paragraph 8 of the statement of claim. Moreover, the paragraphs of the reply here objected to, 1(b) and 2, which provide particulars of Spanish law applicable to certificates and licences issued to the *Estai*, is provided in answer to the defendants’ own request. In my view, those should not be struck, unless the request for that information should be withdrawn by defendants. If the request remains, the reply completes the picture. The information provided in the reply may prove to be immaterial, but in the circumstances that it is provided to meet the defendants’ request, it should not be struck out. If the details of Spanish law now set out are indeed immaterial to the claim, they will not be embarrassing, in the sense of requiring time and proof which may be unnecessary for the plaintiffs’ basic claims, unless the defendants contest those details.

(e) The defendants would strike out the words “Maritime Law” from paragraph 8 of the statement of claim, where they describe a source of the exclusive jurisdiction of Spain over the vessel *Estai*, in addition to “established principles of international law, Spanish Law [and] Canadian Law”. In my opinion, the defendants are correct in their characterization of “Maritime Law” as redundant, not merely of Canadian law as defendants urge, but of the other sources of law here referred to and, in my view, the words add nothing to the portion of paragraph 8 that remains after words referring to particular conventions are struck out. The reference to “Maritime Law”, since the words are immaterial, should be struck out.

(f) The defendants move to strike the words “and an act of piracy” in paragraph 19 of the statement of

du Canada et des eaux des pêcheries canadiennes. Il ne sera peut-être pas nécessaire de prouver à l’instruction le contenu des règles de droit de chaque source mentionnée, si les avocats collaborent suffisamment entre eux lors de la préparation et des plaidoiries.

Par conséquent, je ne suis pas disposé à radier les mots «droit espagnol» du paragraphe 8 de la déclaration. De plus, les paragraphes de la réponse contestés en l’espèce, soit l’alinéa 1b) et le paragraphe 2, qui fournissent des précisions au sujet du droit espagnol applicable aux certificats et permis délivrés à l’égard du navire *Estai*, sont fournis en réponse à la demande des défendeurs eux-mêmes. À mon avis, ils ne devraient pas être radiés, à moins que les défendeurs retirent leur demande de renseignements à cet égard. S’ils ne le font pas, la réponse complète le tableau. Il se peut que les renseignements fournis dans la réponse ne soient pas essentiels; cependant, dans les circonstances, ils ont été fournis pour répondre à la demande des défendeurs et ne devraient pas être radiés. Si les renseignements énoncés au sujet du droit espagnol ne sont effectivement pas essentiels aux fins de la réclamation, ils ne seront pas gênants au sens où leur preuve exigerait du temps sans être nécessaire au soutien des principales réclamations des demandeurs, à moins que les défendeurs contestent les renseignements en question.

e) Les défendeurs demandent à la Cour de radier les mots «droit maritime» du paragraphe 8 de la déclaration, où ils servent à décrire une source de la compétence exclusive de l’Espagne à l’égard du navire *Estai*, en plus des [TRADUCTION] «principes reconnus du droit international, du droit espagnol et du droit canadien». À mon avis, les défendeurs ont raison de dire que la description du «droit maritime» est redondante, qu’elle concerne non seulement le droit canadien, comme ils le soutiennent, mais aussi toutes les autres sources de droit mentionnées dans ledit paragraphe. À mon sens, les mots n’ajoutent rien à la partie du paragraphe 8 qui reste après la radiation des renvois aux conventions particulières. Étant donné qu’ils ne sont pas essentiels, les mots «droit maritime» devraient être radiés.

f) Les défendeurs demandent à la Cour de radier les mots [TRADUCTION] «et un acte de piraterie» du

claim, the word "piracy" in paragraph 43(b) of that statement, which is part of the prayer for relief, for general damages for "piracy" *inter alia*, and in the reply to demand for particulars, words which refer to piracy or other alleged criminal conduct by the defendants. The defendants say those references are scandalous or redundant or disclose no reasonable cause of action, for they say piracy is not a tort but a criminal offence, and neither it or any other criminal offence referred to can found a basis for damages in the plaintiffs' claims. The plaintiffs urge that piracy, like assault, may provide a basis for criminal or for civil liability. Yet, the only authorities mentioned to the Court, referring to piracy, deal with circumstances of criminal liability, and no reference supports a criminal charge of piracy, or other crimes here referred to, against a modern state. In my opinion, references to piracy have legal significance only in regard to criminal activity and any such activity is irrelevant to the plaintiffs' claims for damages. Thus, I order that the references to piracy or other criminal activity be struck from the portions of the statement of claim to which the defendants object.

(g) The defendants move to strike paragraphs 22 and 25 of the statement of claim as immaterial, disclosing no cause of action, a pleading of evidence and embarrassing. Those paragraphs respectively refer to the berthing of the *Estai*, on arrival at St. John's, adjacent to the site of a public demonstration. They allege that the Master of the vessel, the second plaintiff, was escorted by officers of the defendant "through a gauntlet of hostile demonstrators" and an assault was committed when eggs were thrown at him and certain European diplomats who accompanied him, with the result that the Crown failed in its duty to protect that plaintiff when escorting him to the courthouse in St. John's.

paragraphe 19 de la déclaration, le mot [TRADUCTION] «piraterie» de l'alinéa 43b) de celle-ci, qui fait partie de la demande de réparation, à l'égard des dommages-intérêts généraux liés à la «piraterie» et, dans la réponse à la demande de précisions, les mots qui renvoient à la piraterie ou à d'autres formes de conduite criminelle reprochée par les défendeurs. Selon ceux-ci, ces renvois sont scandaleux ou redondants ou ne révèlent aucune cause d'action raisonnable, car la piraterie n'est pas un délit, mais un acte criminel et ne peut donc, à ce titre, constituer le fondement des dommages-intérêts réclamés par les demandeurs. Les demandeurs soutiennent qu'à l'instar de l'agression, la piraterie peut constituer le fondement de la responsabilité pénale ou civile. Pourtant, les seules autorités citées à la Cour au sujet de la piraterie concernent les circonstances entourant la responsabilité pénale et ne prévoient nullement la possibilité d'intenter des poursuites pénales pour piraterie ou pour d'autres crimes mentionnés aux présentes contre un État moderne. À mon avis, les renvois à la piraterie ont une importance juridique uniquement dans le contexte des activités criminelles et aucune activité de cette nature n'est pertinente quant aux demandes de dommages-intérêts des demandeurs. J'ordonne donc que les renvois à la piraterie ou à d'autres activités criminelles soient radiés des parties de la déclaration auxquelles les défendeurs s'opposent.

g) Les défendeurs demandent la radiation des paragraphes 22 et 25 de la déclaration au motif qu'ils ne sont pas essentiels, qu'ils ne révèlent aucune cause d'action raisonnable, qu'ils sont gênants et qu'ils renferment une allégation relative à des éléments probants. Ces paragraphes renvoient à la mise à quai du navire *Estai*, à son arrivée à St. John's, à côté de l'endroit où se tenait une manifestation publique. Les demandeurs allèguent dans ces paragraphes que le capitaine du navire, le demandeur, a été conduit par des agents des défendeurs [TRADUCTION] «à travers une foule de manifestants hostiles» et qu'une agression a été commise lorsque des œufs lui ont été lancés à lui ainsi qu'à certains diplomates européens qui l'accompagnaient, de sorte que Sa Majesté n'a pas protégé le demandeur comme elle devait le faire lorsqu'elle l'a accompagné jusqu'au palais de justice à St. John's.

The defendants urge that the reference to diplomats being the object of eggs thrown should be struck out, since the diplomats are not parties to this action, and further, that these paragraphs do not disclose a reasonable cause of action or are frivolous and do not establish a claim in tort. In my opinion, the reference “and Spanish, French, German and European Community Diplomats accompanying him” should be struck from paragraph 25.

It is true that paragraph 22 does not in itself disclose a reasonable cause of action, but the two paragraphs together, 22 and 25, set out the factual basis, albeit with some colour, for the claim in the latter portion of paragraph 25 of an assault, of failure by the Crown’s officers in their duty to protect the master, and of negligence in failing to make proper arrangements for access to the courthouse, which permitted “the abuse, jostling, obscenities and assaults to continue”. I do not agree that this is basically a pleading of evidence, and at trial, evidence may or may not be adduced to support the second plaintiff’s claim, but that is not a matter to be adjudged at this stage.

(h) The defendants seek to strike a portion of paragraph 28 and the whole of paragraph 39 of the statement of claim, as frivolous, vexatious and not disclosing a reasonable cause of action. The former portion of paragraph 28 refers to offloading of the *Estai*’s fish cargo although it had been fishing in international waters and for some time prior to the enactment of the Regulations in March 1995. This was not dealt with in writing or in oral argument as separate from the matter referred in paragraph 39, which concerns the fact that the *Estai* was engaged on its fishing voyage in international waters prior to enactment of the March 1995 amendments and, it is urged, this means that the vessel was not subject to those amendments, even if they were valid, before it completed its fishing trip.

Selon les défendeurs, l’allégation selon laquelle des œufs ont été lancés en direction de certains diplomates devrait être radiée, étant donné que les diplomates ne sont pas partie à l’action; de plus, ces paragraphes sont futiles ou ne révèlent aucune cause d’action raisonnable et n’établissent aucune réclamation fondée sur un délit. À mon avis, les mots [TRADUCTION] «et les diplomates espagnols, français et allemands et ceux de la Communauté européenne qui l’accompagnaient» devraient être radiés du paragraphe 25.

Il est vrai que le paragraphe 22 ne révèle pas en soi une cause d’action raisonnable; cependant, les paragraphes 22 et 25 énoncent ensemble le fondement factuel, bien que d’une façon un peu colorée, de l’allégation d’agression figurant à la dernière partie du paragraphe 25, de l’allégation concernant le manquement des fonctionnaires de Sa Majesté à l’obligation de protéger le capitaine et de l’allégation de négligence en raison de l’insuffisance des mesures adoptées pour faciliter l’accès au palais de justice, lesquels manquements ont permis [TRADUCTION] «la poursuite des traitements abusifs, de la bousculade, des obscénités et des agressions». Je ne crois pas qu’il s’agisse fondamentalement d’une allégation relative à des éléments probants et, à l’instruction, le demandeur pourra ou non présenter des éléments de preuve au soutien de ses arguments, mais il ne s’agit pas d’une question devant être tranchée à ce stade.

h) Les défendeurs demandent à la Cour de radier une partie du paragraphe 28 et l’ensemble du paragraphe 39 de la déclaration, au motif qu’ils sont futiles et vexatoires et qu’ils ne révèlent aucune cause d’action raisonnable. La partie concernée du paragraphe 28 porte sur le déchargement de la cargaison de poisson qui se trouvait à bord du navire *Estai*, même si celui-ci s’adonnait à la pêche dans les eaux internationales depuis un certain temps déjà avant l’adoption du Règlement en mars 1995. Il n’a pas été allégué, verbalement ou par écrit, que cette question était différente de celle du paragraphe 39, qui concerne le fait que le navire *Estai* avait entrepris son voyage de pêche dans les eaux internationales avant l’adoption des modifications de mars 1995, ce qui signifierait que le navire n’était pas assujéti à ces modifications, même si celles-ci étaient valables, avant la fin de son voyage.

The words objected to in paragraph 28, in my view, raise the prospect of a claim that even if the amendments in March 1995 were valid, the Act and Regulations, so far as they authorize seizure of cargo, do not apply to fish caught and stored as cargo prior to enactment of the amendments to the Regulations. Whether the plaintiffs ultimately so argue at trial, I am not persuaded to strike the words objected to in paragraph 28.

It is otherwise with paragraph 39. The plaintiffs here would rely on jurisprudence dealing with common law principles, but in my opinion, as the defendants urge, under paragraph 6(2)(b) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, the regulatory amendments here in issue came into force at midnight on March 2, 1995, the day before the amending Regulation was registered. While subsection 11(2) of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 103], provides that no person shall be convicted of an offence consisting of a contravention of any regulation that at the time of the contravention was not published in the *Canada Gazette*, and here the amending Regulation was not published until March 22, 1995, unless the regulation expressly provides that it shall apply according to its terms before it is published in the *Canada Gazette*. In this case, the Regulations expressly so provided, that the operative provisions “apply according to their terms before they are published in the *Canada Gazette*”.

In my opinion, legislative provisions of the *Statutory Instruments Act* and the *Interpretation Act* leave no doubt that the amending Regulations were in force and applicable according to their terms, in all respects including with reference to the operations of the *Estai*, from midnight on March 2, 1995. Thus, if the Regulations are *intra vires*, they are applicable to the plaintiffs’ operations and paragraph 39 of the statement of claim is frivolous and raises no reasonable cause of action. On that basis, it is to be struck out.

À mon avis, les mots contestés du paragraphe 28 semblent concerner une allégation selon laquelle, même si les modifications apportées en mars 1995 étaient valables, la Loi et le Règlement, dans la mesure où ils autorisent la saisie de cargaisons, ne s’appliquent pas au poisson pêché et emmagasiné comme cargaison avant l’adoption des modifications en question. Que les demandeurs décident ou non de débattre cette question à l’instruction, je ne crois pas qu’il faille radier les mots contestés du paragraphe 28.

Il en va autrement dans le cas du paragraphe 39. Les demandeurs invoquent ici la jurisprudence concernant les principes de common law; cependant, comme les défendeurs le soutiennent, aux termes de l’alinéa 6(2)b) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les modifications en question sont entrées en vigueur à minuit le 2 mars 1995, la veille de l’enregistrement du Règlement portant modification. Il est vrai que le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 103], énonce qu’aucune personne ne peut être reconnue coupable d’une infraction découlant d’une contravention à un règlement qui n’avait pas été publié dans la *Gazette du Canada* à la date de la contravention (en l’occurrence, dans la présente affaire), le Règlement en question n’a été publié que le 22 mars 1995, sauf si le règlement prévoit expressément que ses dispositions entrent en vigueur avant cette publication. Or, en l’espèce, le Règlement énonce expressément que les dispositions concernées «entrent en vigueur avant leur publication dans la *Gazette du Canada*».

À mon avis, compte tenu des dispositions de la *Loi sur les textes réglementaires* et de la *Loi d’interprétation*, il ne fait aucun doute que le Règlement portant modification était en vigueur et s’appliquait à tous égards, notamment quant aux activités du navire *Estai*, depuis minuit le 2 mars 1995. Par conséquent, si le Règlement est constitutionnel, il s’applique aux activités des demandeurs et le paragraphe 39 de la déclaration est futile et ne soulève aucune cause d’action raisonnable. Pour cette raison, il doit être radié.

(i) The defendants move to strike paragraphs 36 and 37 of the statement of claim on the ground they disclose no reasonable cause of action. Those paragraphs set out the basis of the plaintiffs' claim, central to their action, that the amending Regulations of March 3, 1995, are *ultra vires* the authority conferred by section 6 [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 14; 1992, c. 1, s. 43; 1994, c. 14, s. 3] of the *Coastal Fisheries Protection Act*. That section of the Act provides authority for the Governor in Council to make regulations, *inter alia*, under paragraph 6(b.2) [as enacted *idem*], "prescribing any class of foreign fishing vessel for the purposes of section 5.2". It is accepted that the amending Regulations, applying section 5.2 to Spanish vessels, were made pursuant to paragraph 6(b.2) and the defendants urge that "there is no legal basis for the proposition that 'class' in section 6(b.2) cannot be established on the basis of the national origin of a vessel".

In my opinion, the paragraphs in question should not be struck out. While in themselves, they may not give rise to a cause of action, they are the central foundation of the plaintiffs' claims for damages arising from alleged unauthorized, unlawful activities of employees of the defendants. The plaintiffs seek to present evidence and argument on the interpretation of the Act and the scope of authority conferred by paragraph 6(b.2), in part in relation to the words used, and in part in light of constitutional limitations said to arise on the basis of the Charter. Moreover, the parties differ on the precedential value of the decision of my colleague Madam Justice Reed in *Antonsen v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 272 (T.D.) where it was held that the exercise of discretion by the Minister, of powers delegated by regulations concerning licensing, was not proper when purposes other than those of the statute, the *Coastal Fisheries Protection Act*, were sought to be achieved by the Minister.

i) Les défendeurs demandent à la Cour de radier les paragraphes 36 et 37 de la déclaration au motif qu'ils ne révèlent aucune cause d'action raisonnable. Ces paragraphes énoncent le fondement de la principale allégation des demandeurs sur laquelle repose leur action et selon laquelle le Règlement portant modification du 3 mars 1995 outrepassa la compétence conférée par l'article 6 [mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 14; 1992, ch. 1, art. 43; 1994, ch. 14, art. 3] de la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*. Cette disposition de la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements, notamment, selon l'alinéa 6b.2) [édicte., *idem*], afin de «déterminer, pour l'application de l'article 5.2, les classes de bateaux de pêche étrangers». Il est admis que le Règlement portant modification, qui a pour effet d'assujettir les bateaux espagnols à l'article 5.2, a été pris en application de l'alinéa 6b.2) et les défendeurs soutiennent [TRADUCTION] «qu'il n'existe aucun fondement juridique permettant de dire que la 'classe' mentionnée à l'alinéa 6b.2) ne peut être établie en fonction de l'origine nationale d'un navire».

À mon avis, les paragraphes en question ne devraient pas être radiés. Même s'ils ne donnent peut-être pas lieu en soi à une cause d'action, ils constituent le fondement central des dommages-intérêts que les demandeurs réclament aux défendeurs par suite des activités illégales et non autorisées qu'ils reprochent aux employés des défendeurs. Les demandeurs veulent présenter des éléments de preuve et des arguments au sujet de l'interprétation de la Loi et de l'étendue des pouvoirs conférés par l'alinéa 6b.2) en se fondant en partie sur les mots utilisés et en partie sur les restrictions constitutionnelles qui découlent de la Charte. De plus, les parties ne s'entendent pas sur la valeur, comme précédent, de l'arrêt *Antonsen c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 272 (1^{re} inst.), où ma collègue, M^{me} le juge Reed, a statué que le ministre n'avait pas exercé en bonne et due forme son pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux pouvoirs délégués par règlement en matière d'octroi de licences, parce qu'il avait cherché à atteindre des objectifs autres que ceux de la loi concernée, soit la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*.

Clearly, there is much room for argument about the issues of validity of the amending Regulations raised by paragraphs 36 and 37, argument not yet heard and which can only be dealt with at trial. Far from being clear and obvious that these paragraphs should be struck out, in my opinion, at this stage, it is obvious they should remain in the statement of claim.

(j) The defendants move to strike paragraph 40 and the first sentence of paragraph 41 of the statement of claim. They concern Canada/European Community negotiations over turbot quotas prior to, and following the seizure and arrest of the *Estai* until May 1, 1995, when the Regulations were again amended [SOR/95-222, s. 1], this time to delete provisions specifying Spanish and Portuguese vessels. It is urged by the defendants that the entire paragraph is immaterial, embarrassing and does not disclose a reasonable cause of action. On the other hand, in the plaintiffs' view, the history of those negotiations is central to this case. The breakdown in those negotiations, it is said, led to the amending Regulations in March 1995, and when the nation parties got back to negotiations, the charges laid were dropped and ultimately the Regulations were amended again to delete their application to Spanish vessels. That is an interesting story which might take substantial evidence and time at trial to establish, without substantial effect on the plaintiffs' basic claims for damages, whether or not the events as described in the statement of claim are established. It may appear that the events as alleged are relevant to the issue of purpose of the amending Regulations, at least the events prior to the amendment, but those events seem to support the purpose of protecting coastal fisheries, by negotiation or by regulations, and that would be consistent with the purpose of the Act, in my opinion.

It is my conclusion that paragraph 40 and the first sentence of paragraph 41 of the statement of claim are immaterial, in part redundant to other portions of

De toute évidence, les questions qui sont soulevées aux paragraphes 36 et 37 au sujet de la validité du Règlement portant modification donnent lieu à plusieurs arguments qui n'ont pas encore été entendus et qui ne peuvent être tranchés qu'à l'instruction. À mon avis, il est évident que ces paragraphes devraient, non pas être radiés, comme le soutiennent les défendeurs, mais plutôt rester dans la déclaration.

j) Les défendeurs demandent à la Cour de radier le paragraphe 40 et la première phrase du paragraphe 41 de la déclaration, qui concernent les négociations qui ont eu lieu entre le Canada et la Communauté européenne au sujet des quotas de turbot avant et après la saisie et l'arraisonnement du navire *Estai* jusqu'au 1^{er} mai 1995, date à laquelle le Règlement a à nouveau été modifié [DORS/95-222, art. 1] de façon à supprimer cette fois-ci les dispositions portant spécifiquement sur les bateaux espagnols et portugais. Les défendeurs soutiennent que l'ensemble du paragraphe est gênant, qu'il n'est pas essentiel et qu'il ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Pour leur part, les demandeurs font valoir que l'évolution de ces négociations a une importance vitale pour le présent litige. Ce serait en raison de la rupture de ces négociations que le Règlement portant modification a été adopté en mars 1995 et, lorsque les parties ont repris les négociations, les accusations portées ont été abandonnées et, finalement, le Règlement a été modifié à nouveau de façon à en supprimer l'application aux bateaux espagnols. Il s'agit d'une allégation intéressante et la présentation de la preuve s'y rapportant à l'instruction pourrait demander beaucoup de temps sans avoir de conséquences importantes pour les principales réclamations des demandeurs, que les événements décrits dans la déclaration soient établis ou non. Il se peut que les événements allégués soient pertinents quant à l'objet du Règlement portant modification, du moins dans le cas des événements qui ont précédé la modification, mais ils semblent appuyer la protection des pêcheries côtières, que ce soit par négociation ou réglementation, ce qui serait compatible avec l'objet de la Loi.

J'en arrive à la conclusion que le paragraphe 40 et la première phrase du paragraphe 41 de la déclaration ne sont pas essentiels, qu'ils sont en partie redon-

the statement, and they do not support, or weaken, the plaintiffs' claims for damages. In my opinion, they should be struck from the statement.

(k) & (l) The defendants, reflecting earlier submissions, move to strike portions of paragraph 43(b) of the statement of claim, in particular (i) the words "malicious prosecution of the Motor Vessel 'ESTAI' and the Plaintiff Captain Davila, abuse of process" in lines 8-10; (ii) the words "failure to protect Captain Davila while in custody" and (iii) the words "interference with Charter rights under Sections 15, 7 and 8". In addition, the defendants seek to strike subparagraph 14(h)(v) from the plaintiffs' reply to demand for particulars which refers to sections 7, 8 and 15 of the Charter, and "Civil Laws against use in bad faith of the Criminal Justice System".

For reasons I have already set out, I would now strike from paragraph 43 of the statement of claim the words "malicious prosecution of the Motor Vessel 'ESTAI' and the Plaintiff Captain Davila" and strike the "s" at the end of "sections" so that it reads in the singular and I strike the words "7 and 8".

In subparagraph 14(h)(v) of the plaintiffs' reply to demand for particulars, which, in part, refers to paragraph 30 of the statement of claim, the words "Civil Laws against use in bad faith of the Criminal Justice System" should be struck out, in parallel with striking the words "and made in bad faith" from paragraph 30 of the statement, as earlier noted. I also strike the words "Section 7, and Section 8" of subparagraph 14(h)(v) of the reply.

The style of cause—naming the proper defendant

52 The defendants also move for an order under Rules 419 and 1716, striking out the Attorney Gen-

dants et qu'ils n'ont pas pour effet d'appuyer ou d'affaiblir les demandes de dommages-intérêts des demandeurs. À mon avis, ils devraient être radiés de la déclaration.

k) et l) Reprenant des arguments antérieurs, les défendeurs demandent à la Cour de radier certaines parties de l'alinéa 43b) de la déclaration, notamment (i) les mots [TRADUCTION] «poursuite abusive du navire "Estai" et du demandeur, le capitaine Davila, une procédure abusive» des lignes 8 à 10; (ii) les mots [TRADUCTION] «omission de protéger le capitaine Davila alors qu'il était détenu»; (iii) les mots [TRADUCTION] «transgression des droits reconnus aux articles 15, 7 et 8 de la Charte». De plus, les défendeurs demandent à la Cour de radier du sous-alinéa 14h)(v) de la réponse des demandeurs à la demande de précisions les mots qui renvoient aux articles 7, 8 et 15 de la Charte ainsi que les mots [TRADUCTION] «lois civiles contre l'utilisation abusive du système de justice pénale».

Pour des motifs que j'ai déjà expliqués, je suis disposé à radier du paragraphe 43 de la déclaration les mots [TRADUCTION] «poursuite abusive du navire "Estai" et du demandeur le capitaine Davila» et à radier le «s» à la fin du mot [TRADUCTION] «article» de façon à remplacer le pluriel par le singulier, et je supprime également les mots [TRADUCTION] «7 et 8».

Au sous-alinéa 14h)(v) de la réponse des demandeurs à la demande de précisions, qui renvoie notamment au paragraphe 30 de la déclaration, les mots [TRADUCTION] «lois civiles contre l'utilisation abusive du système de justice pénale» devraient être radiés, tout comme les mots [TRADUCTION] «et faites de mauvaise foi» du paragraphe 30 de la déclaration, tel qu'il est mentionné ci-dessus. J'ordonne également la radiation des mots [TRADUCTION] «Article 7 et Article 8» du sous-alinéa 14h)(v) de la réponse.

L'intitulé de la cause—désignation de la partie défenderesse concernée

Les défendeurs demandent également à la Cour une ordonnance fondée sur les Règles 419 et 1716

eral of Canada and the Minister of Fisheries and Oceans as defendants, in the style of cause, and in the references to them as defendants in paragraph 3, and the whole of paragraph 4 of the statement of claim, and the reference in paragraph 41 of that statement which alleges abuse of office by those named Ministers, based upon malicious prosecution. Instead of those Ministers named as defendants, it is urged the sole defendant in the style of cause, one already referred to in paragraph 3 of the statement of claim and one to be understood as the defendant, singular, in paragraph 41 should be, it is urged, Her Majesty the Queen.

53 Where there is no claim against the Ministers in their personal capacities, and no such claim is here alleged against either the Attorney General or the Minister of Fisheries and Oceans, neither should ordinarily be named as a defendant (see *Kealey v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 195 (T.D.)). In this Court, subsection 48(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] directs that, except where otherwise authorized, a proceeding against the Crown is to be instituted in the form set out in the Schedule, and Form 2(2) in the Appendix to the Rules names Her Majesty the Queen as the sole defendant in an action against the Crown. With the enactment in 1982 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21], subsection 23(1) [as am. *idem*, s. 29], it is provided that “[p]roceedings against the Crown may be taken in the name of the Attorney General of Canada”. The latter provision is here relied upon by the plaintiffs. In view of the permissive nature of the two statutes, my colleague Madam Justice Reed concluded, in *Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3 (T.D.), at page 21, that it is optional in an action in this Court whether the Crown is named as Her Majesty the Queen or as the Attorney General of Canada.

54 The plaintiffs have opted to describe the Crown as defendant by naming the Attorney General of

en vue de radier le procureur général du Canada et le ministre des Pêches et Océans comme défendeurs dans l’intitulé de la cause et au paragraphe 3, et de radier l’ensemble du paragraphe 4 ainsi que l’allégation, au paragraphe 41 de la déclaration, selon laquelle ces ministres désignés auraient outrepassé leurs fonctions (poursuites abusives). L’argument est le suivant: la seule partie défenderesse dans l’intitulé de la cause, qui est déjà mentionnée au paragraphe 3 de la déclaration et qui doit s’entendre du défendeur au singulier au paragraphe 41, devrait être Sa Majesté la Reine plutôt que les ministres désignés comme défendeurs.

Lorsqu’aucune réclamation n’est formulée contre les ministres à titre personnel, et aucune allégation de cette nature ne vise en l’espèce le procureur général ou le ministre des Pêches et Océans, aucun d’eux ne devrait habituellement être désigné comme partie défenderesse (voir l’arrêt *Kealey c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 195 (1^{re} inst.)). Le paragraphe 48(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] prévoit que, sauf autorisation différente, pour entamer une procédure contre la Couronne devant la Cour fédérale, il faut déposer un acte introductif d’instance selon le modèle figurant à l’annexe et, à la formule 2(2) à l’annexe [mod. par DORS/90-846, art. 25] des Règles, Sa Majesté la Reine est désignée comme la seule partie défenderesse dans une action intentée contre la Couronne. Depuis l’adoption, en 1982, de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21], paragraphe 23(1) [mod., *idem*, art. 29], il est prévu que «[l]es poursuites visant l’État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada». C’est cette dernière disposition que les demandeurs invoquent. Compte tenu de la nature permissive des deux lois, ma collègue M^{me} le juge Reed a conclu, dans l’arrêt *Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), à la page 21, que l’utilisation des mots «Sa Majesté la Reine» ou «procureur général du Canada» pour désigner l’État est facultative dans une action portée devant la Cour fédérale.

Les demandeurs ont décidé de désigner l’État comme partie défenderesse par les mots «procureur

Canada, not contemplating an action against that Minister personally, but rather in accord with subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*. I would not order that be changed.

général du Canada», non pas dans le but d'intenter une action contre ce ministre à titre personnel, mais plutôt pour se conformer au paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et du contentieux administratif*. Je ne suis pas disposé à ordonner que cette désignation soit modifiée.

55 The plaintiffs urge both Ministers named be continued as defendants in view of the alleged abuse of their office by each of them. That allegation concerns the alleged malicious prosecution, which I have ordered be struck out. The alleged abuse of office in itself gives rise to no reasonable cause of action. Thus, I do order that the Minister of Fisheries and Oceans be struck from the style of cause and from the statement of claim as a named defendant, and that the plural "defendants" where it appears in the statement of claim be changed to the singular, "defendant".

Les demandeurs demandent que les deux ministres demeurent défendeurs, compte tenu de l'exercice abusif des fonctions dont chacun d'eux aurait été coupable. Cette allégation concerne l'argument relatif aux poursuites abusives, dont j'ai ordonné la radiation. L'exercice abusif des fonctions qui est allégué ne donne lieu à aucune cause d'action raisonnable en soi. J'ordonne donc que le nom du ministre des Pêches et Océans soit radié de l'intitulé de la cause et de la déclaration comme défendeur désigné et que le «s» du mot «défendeurs» utilisé dans la déclaration soit supprimé.

56 There is but one defendant in the action, the Attorney General of Canada, representing the Crown, Her Majesty the Queen, and the Crown, Her Majesty, is vicariously liable for the actions of all of her servants acting in the course of their responsibilities. In accord with the *Crown Liability and Proceedings Act*, Her Majesty the Queen, that is, the Crown, may be represented by the Attorney General of Canada.

Il n'y a qu'un seul défendeur dans l'action, soit le procureur général du Canada, qui représente l'État, Sa Majesté la Reine, et celle-ci est responsable des actions de tous ses préposés agissant dans le cadre de leurs responsabilités. Conformément à la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, Sa Majesté la Reine peut être représentée par le procureur général du Canada.

Conclusion and direction for filing of pleadings

Conclusion et directive concernant le dépôt des plaidoiries

57 An order goes allowing the defendants' motion in part only. The order sets out in detail the portions of the statement of claim and of the reply to demand for particulars which are to be struck out.

Une ordonnance est rendue en vue d'accueillir la requête des défendeurs en partie seulement. L'ordonnance indique de façon détaillée les parties de la déclaration et de la réponse à la demande de précisions qui doivent être radiées.

58 The changes are numerous, though fewer than the defendants sought. Since they are numerous, it seems appropriate to direct that a revised statement of claim be filed, in accord with the order now issued, on or before January 17, 1997, and if a defence is to be filed by the defendant, that be done on or before January 20, 1997.

Bien qu'elles ne soient pas aussi nombreuses que les changements demandés par les défendeurs, les modifications demeurent considérables. Il semble donc opportun de demander aux demandeurs de déposer une déclaration révisée conformément à l'ordonnance rendue aux présentes au plus tard le 17 janvier 1997 et au défendeur de produire sa défense au plus tard le 20 janvier 1997, le cas échéant.

59 Both parties ask for costs of the motion. Here success is divided and the defendants' motion is allowed in part only. In the circumstances, costs are ordered to be determined in the cause.

Les deux parties demandent des dépens à l'égard de la présente requête, qui est accueillie en partie seulement, chaque partie ayant eu gain de cause sur certains points. Dans les circonstances, les dépens suivront l'issue de la cause. 59

A-441-95

A-441-95

Mavis Baker (*Appellant*)**Mavis Baker** (*appelante*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: BAKER v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: BAKER c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald JJ.A. — Toronto, October 9; Ottawa, November 29, 1996.

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A. — Toronto, 9 octobre; Ottawa, 29 novembre 1996.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Appellant having children born in Jamaica, Canada — Suffering from mental illness, ordered deported — Whether best interests of Canadian child primary consideration in assessing applicant under Immigration Act, s. 114(2) — Proceeding under s. 114(2) involving deportation of parent, not child — Convention on the Rights of the Child not part of domestic law of Canada — Not limiting discretionary authority granted by s. 114(2) — Doctrine of legitimate expectations not creating substantive rights, inapplicable.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — L'appelante a des enfants nés à la Jamaïque et au Canada — Atteinte de troubles mentaux, elle a fait l'objet d'une mesure d'expulsion — Il échet d'examiner si l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne doit être une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration — La procédure visée à l'art. 114(2) concerne l'expulsion du père ou de la mère, non pas de l'enfant lui-même — La Convention relative aux droits de l'enfant ne fait pas partie des lois internes du Canada — Elle n'a pas pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) — La doctrine de l'attente légitime ne crée aucun droit matériel, elle n'est pas applicable.

International law — Convention on the Rights of the Child — Whether officer, Minister in exercising discretionary authority under Immigration Act, s. 114(2) must give priority to best interests of Canadian child where deportation order made against child's parent — Case law on applicability of conventions, treaties — Convention herein not implemented by Canadian law — Not applicable as not part of law of Canada — Considering separation of powers, executive cannot alter Canadian law or infringe on provincial jurisdiction by making treaty — Though courts to interpret legislation to avoid Canada breaching international obligations, principle not applied to bring about unconstitutional results.

Droit international — Convention relative aux droits de l'enfant — Il échet d'examiner si l'agent d'immigration ou le ministre, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'ils tiennent de l'art. 114(2), doivent reconnaître une certaine primauté à l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne dont le père ou la mère est en instance d'expulsion — Recension de la jurisprudence en matière de conventions et de traités — La Convention dont s'agit n'a pas été mise en vigueur par une loi canadienne — Elle n'est pas applicable en tant que loi interne du Canada — Vu la séparation des pouvoirs, l'exécutif ne peut, en signant un traité, modifier les lois canadiennes ou empiéter sur la compétence provinciale — Le principe voulant que les tribunaux interprètent les lois de façon à ne pas entraîner une violation par le Canada de ses obligations internationales ne saurait s'appliquer de façon à produire un résultat inconstitutionnel.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review of a decision by an Immigration Officer refusing discretionary action under subsection 114(2) of the *Immigration Act* based on humanitarian and compassionate grounds. The appellant is a citizen of Jamaica who came to Canada in August 1981

Appel interjeté de la décision de la Section de première instance qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire introduite contre la décision par laquelle un agent d'immigration avait refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire fondé sur les raisons d'ordre humanitaire, que prévoit le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. L'appelan-

as a visitor and has remained here ever since. She had four children while in Jamaica and four others were born after her arrival in Canada. After being treated for mental illness, she was ordered deported. Her application to set aside the deportation order on humanitarian and compassionate grounds was dismissed by an Immigration Officer, and that decision was under review before the Trial Division. The Motions Judge dismissed the application for judicial review, and at the same time certified a question concerning the *Convention on the Rights of the Child*. She found the terms of the Convention not to apply to the situation and in any event noted that the Convention was not part of the domestic law of Canada. In accordance with subsection 83(1) of the *Immigration Act*, the appeal from the Motions Judge was limited to the question certified: whether federal immigration authorities must treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under subsection 114(2) of the Act.

Held, the appeal should be dismissed; the question certified should be answered in the negative.

The constitutional issue as to the validity of subsection 83(1) was not properly before the Court on appeal because it had not been certified in accordance with that provision. There is no right of appeal in an immigration matter on any issue not the subject of a certified question. The essential issue was whether the Convention has created a requirement that an officer or the Minister in exercising the discretionary authority under subsection 114(2) of the *Immigration Act* must give some unspecified priority to the best interests of a Canadian child in determining whether to waive compliance with a deportation order already made against that child's parent. What is implied, if not expressed, in the question is whether the best interests of the children must, as a matter of law, be given more weight than many other factors. "Primary consideration" must be taken as the equivalent of "more important factor" and not merely as a reference to the act of taking into account the interests of the children. The question relates to the substance of, not the procedure for, a decision as to whether humanitarian or compassionate grounds justify an exemption from deportation. Important principles have emerged from recent judgments of the Federal Court of Appeal. First, a child has no independent constitutional right to assert against the deportation of a parent and therefore has no right of representation at deportation hearings. Second, the decision as to whether children are to be separated from deported parents is a matter for the parents and those authorities dealing with child welfare to determine. And finally, what is involved in deportation is the right of the parent and not that of the child, there being no constitutional right for families to be united

te, citoyenne de la Jamaïque, est arrivée à titre de visiteuse en août 1981 au Canada, où elle est restée depuis. Elle avait eu quatre enfants nés à la Jamaïque, et a eu quatre autres enfants depuis son arrivée au Canada. Après un traitement psychiatrique, elle a fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Sa demande que cette mesure soit revue au titre des raisons d'ordre humanitaire a été rejetée par un agent d'immigration, dont la décision défavorable a été l'objet du contrôle judiciaire. Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire et, par la même occasion, a certifié une question concernant la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Elle a conclu que les dispositions de la Convention ne s'appliquaient pas aux faits de la cause et qu'en tout cas, ce texte ne faisait pas partie des lois du Canada. Conformément au paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appel formé contre la décision du juge des requêtes est limité à la question certifiée, savoir si les autorités d'immigration fédérales doivent considérer l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du paragraphe 114(2) de la même loi.

Arrêt: l'appel doit être rejeté; la question certifiée appelle une réponse négative.

La question constitutionnelle relative à la validité du paragraphe 83(1) n'a pas été régulièrement soumise à la Cour en ce qu'elle n'a pas été certifiée conformément à cette disposition. Il n'y a pas, en matière d'immigration, droit d'appel au sujet d'un point quelconque qui ne fait pas l'objet d'une question certifiée. Il convient essentiellement d'examiner si la Convention fait à l'agent ou au ministre exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'ils tiennent du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, l'obligation de reconnaître une certaine primauté à l'intérêt supérieur de l'enfant de citoyenneté canadienne lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de rapporter la mesure d'expulsion déjà prise contre son père ou sa mère. La question qui se pose implicitement, sinon explicitement, est de savoir si la règle de droit pose que l'intérêt supérieur des enfants l'emporte sur un grand nombre d'autres facteurs. «Considération primordiale» doit s'entendre au sens de «facteur plus important» et non pas du simple fait de prendre en considération l'intérêt des enfants. La question porte sur le fond, et non la procédure, de la décision de savoir si des raisons d'ordre humanitaire justifient d'exempter l'intéressé de l'expulsion. D'importants principes se sont dégagés d'arrêts récents de la Cour d'appel fédérale. En premier lieu, un enfant ne peut faire valoir lui-même aucun droit qu'il tiendrait de la Constitution contre l'expulsion de son père ou de sa mère et en conséquence, il n'a nullement le droit de se faire entendre lors de la procédure d'expulsion. En deuxième lieu, la question de savoir si les enfants seront séparés ou non de leurs parents qui doivent être expulsés relève de la décision de ces derniers et des autorités en matière de protection de l'en-

regardless of the circumstances.

There are two aspects to the issue raised by the certified question: does the Convention impose an obligation to give special weight to the best interests of children on officials directly, or does it do so indirectly by having created a legitimate expectation that such priority will be given? A treaty made by the executive branch of government does not have legal effect over rights and obligations within Canada unless implemented by statute. The *Convention on the Rights of the Child* has never been adopted by either federal or provincial legislation in Canada. The principle that courts should interpret legislation such as to avoid putting Canada in breach of its international obligations could not be extended to bring about unconstitutional results. The executive cannot grant powers or create rights or obligations within Canada where neither the traditional prerogative nor the common law nor Parliament nor provincial legislatures so provide. Therefore, on the basis of the separation of powers, the executive cannot by this indirect means alter a law of Parliament which has conferred a virtually unfettered discretion, and which leaves it to the Minister or his delegate to decide whether a person unlawfully in this country should be exempted from normal legal requirements on the basis of compassionate or humanitarian considerations. For these constitutional reasons, the provisions of the Convention cannot have the legal effect of limiting the discretionary authority granted by Act of Parliament. There are also administrative law reasons for not allowing the executive, through the executive act of treaty ratification, to effect a fettering of the discretion granted to the Minister by means of subsection 114(2) of the *Immigration Act*. The more fundamental problem with the appellant's position is that the Convention norms invoked do not on their face apply to this situation. Article 3, paragraph 1 of the Convention requires that "In all actions concerning children . . . the best interests of the child shall be a primary consideration". A proceeding having to do with a deportation of a parent is not an action concerning children any more than it is an action concerning the spouse or the parents or the siblings of the deportee. Only if the deportation of the child itself were in issue would the humanitarian review involve a decision "concerning" that child. The proceeding before the Immigration Officer was, at most, one "affecting" the appellant's children as opposed to one "concerning" them. The Convention cannot be constitutionally given the effect of imposing, by means of action taken by the federal executive, an obligation on courts and tribunals not imposed by statute. The argument based on legitimate expectations was said to arise out of the commitment made by the federal executive, through ratification of the Convention, to conduct all public administration consistently with the requirements of the Convention. The doctrine of legitimate expectations, which creates no

fance. Enfin, ce qui est en jeu dans une expulsion, ce sont les droits du père ou de la mère et non pas de l'enfant, puisque les familles ne tiennent pas de la Constitution le droit de rester ensemble dans n'importe quelle circonstance.

La question certifiée présente deux facettes: la Convention impose-t-elle directement aux autorités l'obligation de considérer en priorité le meilleur intérêt des enfants, ou le fait-elle indirectement en créant l'attente légitime que cette priorité sera accordée? Un traité signé par l'exécutif n'a pas d'effet juridique sur les droits et obligations à l'intérieur du Canada, s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet. La *Convention relative aux droits de l'enfant* n'a jamais été adoptée par une loi fédérale ou provinciale au Canada. Le principe voulant que les tribunaux interprètent les lois de façon à ne pas entraîner une violation par le Canada de ses obligations internationales ne saurait s'appliquer de façon à produire un résultat inconstitutionnel. L'exécutif ne peut accorder des pouvoirs ou créer des droits ou obligations au Canada, sans s'autoriser de la prérogative traditionnelle, de la common law, ou d'une loi fédérale ou provinciale. Il s'ensuit que par application du principe de la séparation des pouvoirs, il ne saurait par ce moyen indirect modifier une loi fédérale qui a conféré un pouvoir discrétionnaire pratiquement absolu, et qui laisse au ministre ou à son délégué le soin de décider si une personne se trouvant illégalement dans ce pays doit être exemptée des prescriptions normales de la loi, et ce pour des raisons d'ordre humanitaire. Par ces motifs d'ordre constitutionnel, les dispositions de la Convention ne sauraient avoir pour effet juridique de limiter le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi fédérale. Il y a aussi des motifs de droit administratif pour ne pas permettre à l'exécutif d'entraver, par la ratification d'un traité, le pouvoir discrétionnaire que le ministre tient du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. La faiblesse fondamentale de l'argument de l'appelante tient à ce que les normes de la Convention qu'elle invoque ne s'appliquent pas, d'après leurs termes mêmes, aux faits de la cause. L'article 3, paragraphe 1, de la Convention prévoit que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants . . . , l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». Une procédure touchant l'expulsion du père ou de la mère n'est pas plus une décision concernant les enfants qu'elle n'est une décision concernant le conjoint, les parents ou les frères et sœurs de la personne à expulser. Ce n'est qu'en cas d'expulsion de l'enfant lui-même que le réexamen pour raisons d'ordre humanitaire entraîne une décision qui le «concerne». La procédure devant l'agent d'immigration était, au mieux, une procédure «intéressant» les enfants de l'appelante, et non une procédure les «concernant». Il n'est pas possible, sur le plan du droit constitutionnel, d'interpréter la Convention comme ayant pour effet d'imposer aux tribunaux judiciaires, au moyen d'une mesure prise par le pouvoir exécutif fédéral, une obligation que ne prévoit pas la loi. En ce qui concerne l'attente légitime, l'appelante soutient qu'elle découle de l'engagement pris par le

substantive rights, was not applicable. The Convention, not having been adopted into Canadian law, cannot constitutionally give rise to rights and obligations as to how the discretion given by subsection 114(2) of Act is to be exercised.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15, 24(1).
Child Day Act, S.C. 1993, c. 18.
Convention on the Rights of the Child, signed by Canada May 28, 1990, [1992] Can. T.S. No. 3.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1995), 29 C.R.R. (2d) 184; 184 N.R. 230 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, *Langner v. Minister of Employment and Immigration*, [1995] 3 S.C.R. vii; (1995), 30 C.R.R. (2d) 188; 193 N.R. 400; *Alouache v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 197 N.R. 305 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1996] F.C.J. No. 1152 (F.C.T.D.) (QL); *Huynh v. Canada*, [1995] 1 F.C. 633; (1994), 88 F.T.R. 60 (T.D.); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 184 N.R. 352 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1996] 1 S.C.R. viii; *Tavita v Minister of Immigration*, [1994] 2 NZLR 257 (C.A.); *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995), 128 ALR 353 (H.C. Aust.).

REFERRED TO:

Huynh v. Canada, [1996] 2 F.C. 976; (1996), 134 D.L.R. (4th) 612; 36 C.R.R. (2d) 93; 197 N.R. 62

pouvoir exécutif fédéral, en ratifiant la Convention, de conduire l'ensemble de l'administration publique conformément aux prescriptions de ce texte. La doctrine de l'attente légitime, qui ne crée aucun droit matériel, n'a pas application en l'espèce. La Convention, n'ayant pas été mise en vigueur par voie législative au Canada, ne saurait, du point de vue du droit constitutionnel, créer des droits ou des obligations quant au mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par le paragraphe 114(2) de la Loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15, 24(1).
Convention relative aux droits de l'enfant, signée par le Canada le 28 mai 1990, [1992] R.T. Can. n° 3.
Loi sur la journée de l'enfant, L.C. 1993, ch. 18.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 114(2), (mod., *idem*, art. 102).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1995), 29 C.R.R. (2d) 184; 184 N.R. 230 (C.A.F.); autorisation de pourvoi en C.S.C. refusée, *Langner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1995] 3 R.C.S. vii; (1995), 30 C.R.R. (2d) 188; 193 N.R. 400; *Alouache c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 197 N.R. 305 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1996] A.C.F. n° 1152 (C.F. 1^{re} inst.) (QL); *Huynh c. Canada*, [1995] 1 C.F. 633; (1994), 88 F.T.R. 60 (1^{re} inst.); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (1995), 184 N.R. 352 (C.A.F.); autorisation de pourvoi en C.S.C. refusée [1996] 1 R.C.S. viii; *Tavita v Minister of Immigration*, [1994] 2 NZLR 257 (C.A.); *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995), 128 ALR 353 (H.C. Aust.).

DÉCISIONS CITÉES:

Huynh c. Canada, [1996] 2 C.F. 976; (1996), 134 D.L.R. (4th) 612; 36 C.R.R. (2d) 93; 197 N.R. 62

(C.A.); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.); *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.
 Piotrowicz, Ryszard. "Unincorporated Treaties in Australian Law", [1996] *Public Law* 190.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a Trial Division decision ((1995), 101 F.T.R. 110; 31 Imm. L.R. (2d) 150) dismissing an application for judicial review of a decision by an Immigration Officer refusing discretionary action under subsection 114(2) of the *Immigration Act* based on humanitarian and compassionate grounds. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Roger Rowe for appellant.
Cheryl D. E. Mitchell and *Kathryn A. Hucal* for respondent.

SOLICITORS:

Roger Rowe, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

1 This is an appeal from a decision of a Motions Judge of the Trial Division [(1995), 101 F.T.R. 110]

(C.A.); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (1^{re} inst.); *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DOCTRINE

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.
 Piotrowicz, Ryszard. «Unincorporated Treaties in Australian Law», [1996] *Public Law* 190.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL interjeté d'une décision de la Section de première instance ((1995), 101 F.T.R. 110; 31 Imm. L.R. (2d) 150) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire introduite contre la décision par laquelle un agent d'immigration avait refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire fondé sur les raisons d'ordre humanitaire, que prévoit le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Appel rejeté.

AVOCATS:

Roger Rowe pour l'appelante.
Cheryl D. E. Mitchell et *Kathryn A. Hucal* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Roger Rowe, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

1 Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté contre la décision d'un juge des requêtes de la Section de

dismissing an application for judicial review of a decision by an Immigration Officer of April 18, 1994 refusing discretionary action under subsection 114(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)] based on humanitarian and compassionate grounds. In accordance with subsection 83(1) [as am. *idem*, s. 73] of that Act, this appeal from the Motions Judge is limited to the question certified by her which is as follows [at page 118]:

Given that the **Immigration Act** does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the **Immigration Act**?

In the context, this must be taken to refer to the best interests of a Canadian child whose parent is an applicant under subsection 114(2).

Facts

- 2 The appellant, a citizen of Jamaica, came to Canada as a visitor in August 1981. Although she has never been granted the status of a permanent resident she has remained here ever since. According to an affidavit filed by her in the Trial Division, she had four Jamaican children before leaving there and they continue to live in Jamaica. Since arriving in Canada she has had four more children who are Canadian citizens. She supported herself for some eleven years in Canada before being diagnosed as a paranoid schizophrenic. Thereafter she was on welfare and underwent treatment at a mental health centre in Toronto. On December 29, 1992, she was ordered deported. At the request of the appellant a humanitarian and compassionate grounds review of her deportation was conducted, and a negative decision was delivered by Immigration Officer Caden on April 18, 1994, the decision under review.

première instance [(1995), 101 F.T.R. 110], qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire introduite contre la décision en date du 18 avril 1994 par laquelle un agent d'immigration avait refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire fondé sur les raisons d'ordre humanitaire, que prévoit le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)]. Conformément au paragraphe 83(1) (mod., *idem*, art. 73) de la même Loi, l'appel contre la décision du juge des requêtes est limité à la question qu'elle a certifiée en ces termes [à la page 118]:

Vu que la **Loi sur l'immigration** n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du paragraphe 114(2) de la **Loi sur l'immigration**?

Dans ce contexte, il faut présumer qu'il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada et dont le père ou la mère est le requérant visé au paragraphe 114(2).

Les faits de la cause

L'appelante, citoyenne de la Jamaïque, est arrivée à titre de visiteuse en août 1981 au Canada, où elle est restée depuis sans avoir jamais obtenu le statut de résidente permanente. Il ressort de son affidavit déposé devant la Section de première instance qu'elle avait eu quatre enfants nés à la Jamaïque avant qu'elle ne quitte ce pays; ils y sont toujours. Depuis son arrivée au Canada, elle a eu quatre autres enfants, qui sont citoyens canadiens. Elle a subvenu à ses propres besoins pendant quelque 11 ans au Canada avant d'être atteinte de schizophrénie paranoïde. Depuis lors, elle vit de l'assistance sociale et a subi un traitement dans un centre psychiatrique de Toronto. Le 29 décembre 1992, une mesure d'expulsion a été prise contre elle. À sa demande, cette mesure a été revue au titre des raisons d'ordre humanitaire et, le 18 avril 1994, l'agent d'immigration Caden a rendu une décision défavorable, qui était l'objet du contrôle judiciaire.

3 The Motions Judge reviewed the material put before Officer Caden. In that material was information concerning the children, including a letter from the Children's Aid Society. The Motions Judge on the basis of the evidence concluded that the material put before Officer Caden emphasized the importance of the applicant's children and that they "were a significant factor in the decision-making process".¹ She assumed, as she was entitled to do, that Officer Caden had had regard to all of the material before him in reaching his negative conclusion. She disposed of arguments that on judicial review the Court could not assume good faith on the part of the Officer making the humanitarian and compassionate grounds decision, that there was bias, and that the Officer had decided the matter without regard to the evidence. Although the appellant sought to raise these same issues before this Court, we declined to hear her on the basis that they did not arise out of the certified question and therefore could not be entertained by this Court pursuant to subsection 83(1) of the *Immigration Act*.

4 Arguments which did give rise to the certified question and which were also advanced before us were based on articles 3 and 9 of the *Convention on the Rights of the Child* [[1992] Can. T.S. No. 3], ratified by Canada in 1991 and in force for Canada as of January 12, 1992. It was argued that these articles require that in a determination as to whether a parent's deportation should be stayed for humanitarian reasons the best interests of his or her children should be "a primary consideration". The Motions Judge found the terms of the Convention not to apply to the situation and in any event noted that the Convention was not part of the domestic law of Canada. Further it was argued that there was a legitimate expectation that in such circumstances the best interests of children would be a primary consideration. This appears to have been related to the Convention argument, the legitimate expectation being said to have arisen by the government ratifying the *Convention on the Rights of the Child*. The Motions Judge rejected the argument on similar grounds, namely that the Convention gave rise to no such expectation and could not be given such a legal effect in Canada without legislation.

3 Après avoir examiné la documentation dont était saisi l'agent Caden, et qui comprenait des informations concernant les enfants, dont une lettre de la Société d'aide à l'enfance, le juge des requêtes a conclu que ces documents mettaient l'accent sur l'importance des enfants de la requérante et que ceux-ci «constituaient un important facteur dans le processus décisionnel». Le juge des requêtes présumait, comme elle était en droit de le faire, que pour parvenir à sa décision défavorable, l'agent Caden avait pris en considération tous les documents dont il était saisi. Elle a rejeté l'argument que dans l'exercice du contrôle judiciaire, la Cour ne pouvait présumer la bonne foi de la part de l'agent instruisant l'affaire sous l'angle des raisons d'ordre humanitaire, qu'il y avait parti pris de la part de ce dernier, et que l'agent Caden avait rendu sa décision au mépris des preuves produites. L'appelante a voulu soulever les mêmes points en appel, mais la Cour a refusé d'en connaître par ce motif qu'ils ne se dégagent pas de la question certifiée et que de ce fait, la Cour ne pourrait pas les entendre sous le régime du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*.

4 Les arguments touchant à la question certifiée et proposés devant la Cour étaient fondés sur les articles 3 et 9 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [[1992] R.T. Can. n° 3], ratifiée par le Canada en 1991 et appliquée à l'égard de ce pays depuis le 12 janvier 1992. L'appelante soutient que pour décider s'il y a lieu de surseoir à l'expulsion du père ou de la mère pour des raisons d'ordre humanitaire, le meilleur intérêt des enfants doit être une «considération primordiale». Le juge des requêtes a conclu que les dispositions de la Convention ne s'appliquaient pas aux faits de la cause et qu'en tout cas, ce texte ne faisait pas partie des lois du Canada. L'appelante fait encore valoir l'attente légitime que dans ces circonstances, le meilleur intérêt des enfants serait une considération primordiale. Cet argument est manifestement un corollaire de l'argument fondé sur la Convention, l'attente légitime tenant à ce que le gouvernement a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Le juge des requêtes a rejeté cet argument par des motifs semblables, savoir que la Convention ne donnait nullement lieu à pareille attente et ne saurait avoir cet effet juridique au Canada sans une loi en conséquence.

5 It is these arguments which we entertained on appeal as the only matters properly raised by the certified question set out above.

5 Ce sont ces arguments que la Cour a examinés dans le présent appel puisque les points qu'ils font valoir sont les seuls qui aient été soulevés en bonne et due forme dans la question certifiée.

The Constitutional Question

La question constitutionnelle

6 As noted above, the Motions Judge dismissed the application for judicial review on June 26, 1995 and at the same time certified the question concerning the *Convention on the Rights of the Child*. An appeal was duly launched and on June 28, 1996, one year later, the hearing date of October 9, 1996 was fixed for this appeal. On September 5, 1996, more than two months after the hearing date was fixed, counsel for the applicant made a new application to the Motions Judge asking for a reconsideration of her decision of June 26, 1995, for the purpose of having two new questions certified. These questions had to do with the Motions Judge's conclusion that in the absence of evidence to the contrary she must assume that Officer Caden had acted in good faith and had made an independent decision based on the material which had been put before him. On September 9, 1996 [[1996] F.C.J. No. 1152 (T.D.) (QL)] the learned Motions Judge dismissed the application for reconsideration. She concluded that the premise of the proposed new questions for certification was based on a misconstruction of her reasons and therefore those questions did not properly arise out of her decision. Having taken this view of the matter she did not consider whether, procedurally, it would have been proper for her to certify new questions at that time.

6 Comme noté *supra*, le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire le 26 juin 1995, en même temps qu'elle a certifié la question concernant la *Convention relative aux droits de l'enfant*. L'appel contre sa décision a été dûment formé et, le 28 juin 1996, c'est-à-dire un an après, la date du 9 octobre 1996 a été fixée pour l'audition du présent appel. Le 5 septembre 1996, soit plus de deux mois après que la date d'audition a été fixée, l'avocat de la requérante a saisi de nouveau le juge des requêtes pour lui demander de revoir sa décision du 26 juin 1995, et ce, afin de lui faire certifier deux autres questions. Ces questions se rapportaient à la conclusion par le juge des requêtes que faute de preuve contraire, elle devait présumer que l'agent Caden agissait de bonne foi et avait rendu une décision impartiale sur le fondement des documents soumis à son examen. Le 9 septembre 1996 [[1996] A.C.F. n° 1152 (1^{re} inst.) (QL)], elle a rejeté la requête en réexamen, concluant que les deux nouvelles questions proposées à la certification tenaient à une mauvaise interprétation des motifs de sa décision et que par conséquent, elles ne découlaient pas de cette décision. Ayant tiré cette conclusion, elle n'a pas examiné si, sur le plan de la procédure, il aurait été indiqué de certifier ces deux questions en cet état de la cause.

7 Having failed to have new questions certified on a point of evidence, and thus being precluded from arguing that issue on the appeal, the appellant then filed on September 27, 1996 a notice of a constitutional question which was served on all attorneys general. This raised the question of whether section 83 of the *Immigration Act*, which requires certification of a question by a Trial Division judge in order for an appeal to be taken to the Court of Appeal, is unconstitutional as contrary to sections 7 and 15 and subsection 24(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I

7 N'ayant pas réussi à faire certifier de nouvelles questions en matière de preuves et étant ainsi privée de la possibilité de faire valoir ces points en appel, l'appelante a déposé le 27 septembre 1996 un avis de question constitutionnelle, qui était signifié à tous les procureurs généraux. Il s'agissait de savoir si l'article 83 de la *Loi sur l'immigration*, qui prescrit qu'une question doit être certifiée par un juge de la Section de première instance pour pouvoir être portée devant la Cour d'appel, est inconstitutionnel au regard des articles 7 et 15 et du paragraphe 24(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*,

of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It will be noted that this notice was filed some twelve days before the scheduled hearing of the appeal.

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]]. Il y a lieu de noter que cet avis a été déposé quelque 12 jours avant la date fixée pour l'audition de l'appel.

8 At the opening of his argument, counsel indicated to the Court that he did not wish to argue the constitutional issue as to the validity of subsection 83(1) because he recognized that this Court had as recently as April 15, 1996 dismissed similar arguments in *Huynh v. Canada*.² He merely wished to make the constitutional question part of the record, assuming the Court would dismiss such arguments, in case this matter should go to the Supreme Court of Canada. The Court indicated at the time that we would consider whether to refuse to entertain the constitutional issue or whether we would simply consider it part of the case before us for treatment consistent with existing jurisprudence.

L'avocat de l'appelante a ouvert son argumentation orale en informant la Cour qu'il n'entendait pas contester la validité constitutionnelle du paragraphe 83(1) puisque tout récemment, le 15 avril 1996, la Cour avait rejeté ce moyen dans *Huynh c. Canada*². Présument que la Cour le rejeterait de nouveau, il voulait juste faire consigner cette question constitutionnelle au dossier au cas où l'affaire irait jusqu'en Cour suprême du Canada. La Cour a fait savoir alors qu'elle verrait si la question constitutionnelle était irrecevable ou si elle se contenterait de la considérer comme faisant partie de l'argumentation pour statuer là-dessus conformément à la jurisprudence en vigueur.

9 On reflection I am of the view that this constitutional question should be rejected out of hand as not entertainable by the Court on appeal. Simply put, the question is not properly before us because it has not been certified in accordance with subsection 83(1) of the *Immigration Act*. Nor could it have been certified, as the appealability of her future decision could not have been a relevant issue before the Motions Judge. I note that this does not prevent the constitutionality of subsection 83(1) being raised in other proceedings, as was done for example in *Huynh* where two questions of law were stated for preliminary determination pursuant to Rule 474 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)]. In that case an appeal from a decision of the Trial Division [[1995] 1 F.C. 633] that section 83 did not contravene the Charter was then brought before this Court. Alternatively, an action for a declaration might be commenced. But clearly, as the law stands, there is no right of appeal in an immigration matter on any issue not the subject of a certified question.

Réflexion faite, je conclus qu'il faut rejeter la question constitutionnelle comme étant irrecevable en appel. En bref, elle n'est pas régulièrement soumise à la Cour en ce qu'elle n'a pas été certifiée conformément au paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*. Elle n'aurait pu être certifiée non plus, car la possibilité d'appel contre la décision que le juge des requêtes n'a pas encore rendue à l'époque n'aurait pu être un facteur pertinent à ce moment-là. Cela ne signifie pas que la constitutionnalité du paragraphe 83(1) ne peut être remise en question dans d'autres instances, comme cela a été le cas par exemple dans l'affaire *Huynh* où deux questions de droit ont été formulées pour décision préliminaire sous le régime de la Règle 474 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)]. Dans cette dernière affaire, la conclusion par la Section de première instance [[1995] 1 C.F. 633] que l'article 83 n'allait pas à l'encontre de la Charte a été portée en appel devant notre Cour. Une autre voie possible serait une action en jugement déclaratoire. Mais il ne fait aucun doute qu'en l'état actuel du droit, il n'y a pas, en matière d'immigration, droit d'appel au sujet d'un point quelconque qui ne fait pas l'objet d'une question certifiée.

10 Even if this were not the case I would exercise the discretion of the Court against entertaining a new issue on appeal which had not been raised in the Court below. The very tardiness of this matter being raised—the result of a very belated application on September 5, 1996 for reconsideration of a June 26, 1995 decision—would cause me to exercise a discretion against allowing new grounds of appeal at this late date. This view would be further reinforced by the fact that the very issue has already been decided by this Court in *Huynh* and the Supreme Court of Canada has, since the hearing of the present appeal, refused leave to appeal in *Huynh*, with costs.³

11 The request to entertain a new ground of appeal by way of a constitutional question will therefore be dismissed as not being properly before this Court at this time.

Issue

12 Having regard to the language of the certified question, we must interpret the legitimate expectations argument as being dependent on the *Convention on the Rights of the Child*. Thus the essential issue is whether it can be said as a matter of law that the Convention has created a requirement that an officer or minister in exercising the discretionary authority under subsection 114(2) of the *Immigration Act* must render a decision which gives some unspecified priority to the best interests of a Canadian child in determining whether to waive compliance with a deportation order already made against that child's parent. Given the jurisprudence of this Court⁴ the question must be interpreted, if it is to be replied to at all, as limited to matters that are determinative of the case. In the present case the Motions Judge found as a matter of fact that the situation of the children was a "significant factor in the decision-making process" by Officer Caden. It would not advance the appellant's cause, therefore, for this Court to say that the welfare of the Canadian children of a deportee must be a factor, where raised by that deportee, in any determination as to the existence of adequate humanitarian grounds for exempting him or her from deportation. No one

10 Quand bien même ce serait le cas, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour ne pas reconnaître en appel d'un point qui n'avait pas été soulevé en première instance. Le retard même mis à soulever ce point—par suite de la demande très tardive en date du 5 septembre 1996 de réexamen de la décision du 26 juin 1995—m'engage à exercer mon pouvoir discrétionnaire pour refuser d'admettre de nouveaux moyens d'appel en cet état tardif de la cause. D'ailleurs notre Cour a tranché cette question dans la cause *Huynh* et, depuis l'audition de l'appel en instance, la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi dans cette cause, avec dépens³.

11 Le nouveau moyen d'appel introduit sous forme de question constitutionnelle n'est donc pas recevable.

Le point litigieux

12 Compte tenu de la formulation de la question certifiée, nous devons interpréter l'argument tiré de l'attente légitime comme tributaire de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Il convient donc essentiellement d'examiner si, sur le plan juridique, cette Convention fait à l'agent ou au ministre exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'ils tiennent du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, l'obligation de reconnaître, dans leur décision, une certaine primauté à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de rapporter la mesure d'expulsion déjà prise contre le père ou la mère de cet enfant. Étant donné la jurisprudence de la Cour⁴, la question doit s'interpréter, s'il faut vraiment y répondre, comme étant limitée aux facteurs déterminants. En l'espèce, le juge des requêtes a constaté que la situation des enfants constituait «un important facteur dans le processus décisionnel» suivi par l'agent Caden. Cela n'ajouterait donc rien aux arguments de l'appelante si la Cour prenait acte que le bien-être des enfants de la personne à expulser doit être un facteur, si cette personne l'invoque, dans toute décision sur la question de savoir s'il y a des raisons d'ordre humanitaire pour l'exempter de l'expulsion. Personne ne conteste qu'il en soit ainsi.

disputes that such is the case. What is implied, if not expressed, in the question is whether the best interests of the children must as a matter of law be given more weight than many other factors. If they must be “a primary consideration”, this implies that there may be other equally important considerations which along with the children’s interests have priority over lesser considerations. “Primary consideration” in this context must be taken as the equivalent of “more important factor” and not merely as a reference to the act of taking into account, as the learned Motions Judge found occurred here, the interests of the children. In other words the question relates to the substance of, not the procedure for, a decision as to whether humanitarian or compassionate grounds justify an exemption from deportation.

Jurisprudence of this Court

13 On the issues raised by the question which was certified, I agree fully with the conclusions of the learned Motions Judge which were squarely based on the jurisprudence of this Court. Were it not that this issue of the *Convention on the Rights of the Child* continues to be raised by counsel and, we were told, may be the subject of other appeals now pending, it would not seem necessary to elaborate on the conclusions already stated by the Court. Counsel has also made reference to some recent antipodean jurisprudence which, although in my view not determinative, was not cited to this Court prior to the decisions now to be discussed.

14 The leading case in the Federal Court of Appeal is *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁵ In that case a couple from Poland had entered Canada on visitor visas and stayed, having two children born in Canada. They sought, on humanitarian grounds, a waiver of the requirement that they leave Canada in order to apply for permanent residence. The parents and the children brought proceedings in the Trial Division for a determination that by virtue of sections 7 and 15 of the Charter the children had some right not to be separated from their parents or should have the right to sponsor their parents for admission for permanent

La question qui se pose implicitement, sinon explicitement, est de savoir si la règle de droit pose que l’intérêt supérieur des enfants l’emporte sur un grand nombre d’autres facteurs. Si cet intérêt doit être «une considération primordiale», cela sous-entend qu’il peut y avoir d’autres considérations tout aussi importantes qui, au même titre que l’intérêt des enfants, ont préséance sur d’autres considérations de moindre importance. Dans ce contexte, «considération primordiale» doit s’entendre au sens de «facteur plus important» et non pas du simple fait de prendre en considération l’intérêt des enfants, comme l’a conclu le juge des requêtes. En d’autres termes, la question porte sur le fond, et non la procédure, de la décision de savoir si des raisons d’ordre humanitaire justifient d’exempter l’intéressé de l’expulsion.

La jurisprudence de la Cour

En ce qui concerne les points incorporés dans la question certifiée, je partage entièrement les conclusions du juge des requêtes, qui étaient fondées sur la jurisprudence de notre Cour. N’eût été le fait que la question de la *Convention relative aux droits de l’enfant* continue d’être soulevée par l’avocat de l’appelante et puisse faire l’objet d’autres appels pendants, il semblerait inutile de revenir sur des conclusions déjà tirées par la Cour. L’avocat de l’appelante invoque aussi certains récents précédents qui sont diamétralement opposés, lesquels, bien qu’à mon avis dénués d’effet en l’espèce, n’ont pas été portés à l’attention de la Cour avant que ne fussent rendues les décisions dont l’analyse suit.

L’arrêt de la Cour d’appel fédérale qui fait jurisprudence en la matière est *Langner c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.⁵ Dans cette cause, un couple en provenance de Pologne et entré au Canada grâce à des visas de visiteur, est resté dans ce pays où il a donné naissance à deux enfants. Il a invoqué les raisons d’ordre humanitaire pour demander à être exempté de l’impératif de quitter le Canada pour faire une demande de résidence permanente. Les parents et les enfants ont demandé à la Section de première instance de juger qu’en vertu des articles 7 et 15 de la Charte, les enfants ont en quelque sorte le droit de ne pas être séparés de leurs

residence. It was also argued that by virtue of articles 9 and 10 of the *Convention on the Rights of the Child* the parents should not be removed. On appeal, Décary J.A. held in oral reasons the following:

1. There was no Canadian government action involved in the disposition of the children. The decision whether they accompanied their parents or stayed behind in Canada would be a private decision of the parents and the Charter could not apply to such a decision.

2. There is no Charter right of the parents to remain in Canada or for their children to

... demand that the Canadian government not apply to their parents the penalties provided for violation of Canadian immigration laws.⁶

3. There is no section 7 right under the Charter for a child

... never to be separated from its parents: we need only consider imprisonment, extradition, and even divorce, for confirmation that the child's right is to be where its best interests require it to be, and it is not necessarily in a child's best interests to be in the company of its parents.⁷

4. While it appeared to the Court in that case that the parents would make the necessary decision in the best interests of the children it was noted that:

... if other members of the family were of the opinion that this decision was not made in the best interests of the children, the children's right to remain in Canada could be the subject of a private proceeding, at the conclusion of which the Canadian courts would be required to rule as to whether the parents' decision is contrary to the interests of the children.⁸

In other words it is for the parents or for provincial courts to determine what is in the best interests of the child, not immigration officers.

5. The *Convention on the Rights of the Child* had no application to the matter because it was not part of

parents ou devraient avoir le droit de parrainer leur demande de résidence permanente. Ils soutenaient aussi que par application des articles 9 et 10 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, il ne fallait pas renvoyer les parents du Canada. En appel, le juge Décary a tiré les conclusions suivantes à l'audience même:

1. Le gouvernement du Canada n'a rien à voir avec la décision que la famille pourrait prendre au sujet des enfants. Qu'ils accompagnent leurs parents ou demeurent au Canada serait une décision privée des parents, et la Charte ne saurait être invoquée à ce sujet.

2. La Charte ne donne nullement aux parents le droit de demeurer au Canada ni aux enfants celui

... d'exiger du gouvernement canadien qu'il n'applique pas à leurs parents les sanctions prévues pour la violation des lois canadiennes en matière d'immigration⁶.

3. Un enfant ne tient nullement de l'article 7 de la Charte

... [le] droit constitutionnel à n'être jamais séparé de ses parents: il suffit de penser à l'emprisonnement, à l'extradition, voire au divorce, pour constater que le droit de l'enfant est d'être là où son meilleur intérêt demande qu'il soit, et ce n'est pas nécessairement dans le meilleur intérêt d'un enfant qu'il soit en compagnie de ses parents⁷.

4. Tout en concluant qu'en l'espèce, les parents prendraient la décision nécessaire dans l'intérêt des enfants, la Cour a noté que:

... si d'autres membres de la famille étaient d'avis que semblable décision n'était pas prise dans l'intérêt des enfants, le droit des enfants de demeurer au Canada pourrait faire l'objet d'un débat privé au terme duquel les tribunaux canadiens seraient appelés à juger si la décision des parents est contraire aux intérêts des enfants⁸.

En d'autres termes, il appartient aux parents ou à la cour provinciale, et non à l'agent d'immigration, de décider ce qui est conforme à l'intérêt de l'enfant.

5. La *Convention relative aux droits de l'enfant* n'avait pas application en la matière puisqu'elle ne

the law of Canada and in any event a reading of Articles 9 and 10 show that they were inapplicable to the facts there.

15 Leave was sought to appeal the *Langner* decision to the Supreme Court of Canada and that application was dismissed with costs on August 17, 1995 [[1995] 3 S.C.R. vii]. The *Langner* case was followed by this Court in *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration*.⁹ In that case the issue was whether section 7 of the Charter created some right of parents of Canadian children to remain in Canada and it was held that it did not. Leave to appeal this decision was refused by the Supreme Court of Canada on January 11, 1996 [[1996] 1 S.C.R. viii]. In *Alouache v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,¹⁰ *Langner* was again followed to support the conclusion that a child has no independent constitutional right to assert against the deportation of a parent and therefore such children have no right of representation at deportation hearings.

16 While only *Langner* dealt specifically with the *Convention on the Rights of the Child*, there are principles running through these cases which are fundamental: that the decision as to whether children are to be separated from deported parents is a matter for the parents and those authorities dealing with child welfare to determine; and what is involved in deportation is the right of the parent and not that of the child, there being no constitutional right for families to be united no matter what the circumstance.

Applicability of the *Convention on the Rights of the Child*

17 As noted earlier the issue raised by the certified question is confined to whether this Convention has put an enforceable obligation on Canadian authorities to give special weight to the best interests of

faisait pas partie des lois internes du Canada et, de toute façon, il suffit de prendre connaissance de ses articles 9 et 10 pour voir qu'ils ne s'appliquent pas aux faits de la cause.

15 La demande d'autorisation de porter l'affaire *Langner* devant la Cour suprême du Canada a été rejetée avec dépens le 17 août 1995 [[1995] 3 R.C.S. vii]. La jurisprudence *Langner* a été suivie par notre Cour dans *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*⁹, où s'était posée la question de savoir si l'article 7 de la Charte créait pour les parents d'enfants nés au Canada le droit de demeurer dans ce pays, question à laquelle la Cour a répondu par la négative. La demande d'autorisation de pourvoi contre cette dernière décision a été rejetée par la Cour suprême du Canada le 11 janvier 1996 [[1996] 1 R.C.S. viii]. Dans *Alouache c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰, la Cour a également appliqué la jurisprudence *Langner* pour conclure qu'un enfant ne pouvait faire valoir lui-même aucun droit qu'il tiendrait de la Constitution contre l'expulsion de son père ou de sa mère et qu'en conséquence, il n'avait nullement le droit de se faire entendre lors de la procédure d'expulsion.

16 Bien que la décision *Langner* ait été la seule à porter expressément sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*, les principes qui sous-tendent ces causes sont fondamentaux: la question de savoir si les enfants seront séparés ou non de leurs parents qui doivent être expulsés relève de la décision de ces parents et des autorités en matière de protection de l'enfance; et ce qui est en jeu dans une expulsion, ce sont les droits du père ou de la mère et non pas de l'enfant, puisque les familles ne tiennent pas de la Constitution le droit de rester ensemble dans n'importe quelle circonstance.

Applicabilité de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

17 Comme noté *supra*, la question certifiée se limite au point de savoir si la Convention fait aux autorités canadiennes l'obligation exécutoire de considérer prioritairement le meilleur intérêt des enfants lors-

children when exercising a discretion under subsection 114(2) with respect to waiving the requirements of a deportation order. There are two aspects of this issue as argued: does the Convention impose this obligation on officials directly, or does it do so indirectly by having created a legitimate expectation that such priority will be given?

18 In considering these questions, it is necessary to keep in mind some basic constitutional and administrative law principles. It is clear that a treaty made by the executive branch of government does not have legal effect over rights and obligations within Canada unless implemented by statute.¹¹ This Convention has never been adopted by either federal or provincial legislation in Canada.¹² It is clear that legislation implementing a treaty should be interpreted by reference to the treaty even in the absence of real ambiguity in the legislation,¹³ but it has in no way been demonstrated that the *Immigration Act* is legislation implementing the *Convention on the Rights of the Child*. While there is a general principle that courts should interpret all other legislation so as to avoid, if possible, interpretations which would put Canada in breach of its international obligations,¹⁴ this general principle in my view cannot be applied to bring about unconstitutional results.

19 Parliament has conferred on the Governor in Council, by subsection 114(2) the power to authorize the Minister of Citizenship and Immigration to facilitate the admission of any person:

114. . . .

(2) . . . where the Minister is satisfied . . . that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

Thus Parliament, in the circumstances of this case, has left it to the Minister to decide whether he is "satisfied" that deportation should be waived because he thinks there are compassionate or humanitarian considerations. Those are the terms upon which the discretion has been granted by Parliament. There is no legislative attempt to define "humanitar-

qu'il s'agit d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elles tiennent du paragraphe 114(2) pour exempter de l'expulsion. Telle qu'elle a été débattue, cette question présente deux facettes: la Convention impose-t-elle cette obligation aux autorités directement, ou le fait-elle indirectement en créant l'attente légitime que cette priorité sera accordée?

18 Il est nécessaire à ce propos d'avoir à l'esprit certains principes fondamentaux de droit constitutionnel et de droit administratif. Il est constant qu'un traité signé par l'exécutif n'a pas d'effet juridique sur les droits et obligations à l'intérieur du Canada, s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet¹¹. La Convention dont il s'agit n'a jamais été adoptée par une loi fédérale ou provinciale au Canada¹². Il est clair qu'une loi mettant en vigueur un traité doit être interprétée à la lumière de ce traité même en l'absence de toute ambiguïté¹³, mais il n'a été nullement démontré que la *Loi sur l'immigration* est la loi qui donne effet à la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Si, d'après un principe général, les tribunaux doivent interpréter toutes les autres lois de façon à ne pas entraîner une violation par le Canada de ses obligations internationales¹⁴, ce principe ne saurait s'appliquer de façon à produire un résultat inconstitutionnel.

19 Le législateur a, par le paragraphe 114(2), investi le gouverneur en conseil du pouvoir d'autoriser le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration:

114.

(2) . . . à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, . . . ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

Ainsi donc, le législateur a laissé au ministre le soin de décider, dans les circonstances de la cause, s'il y a lieu d'exempter de l'expulsion pour des raisons d'ordre humanitaire. C'est en ces termes que le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire en la matière. Il n'a entendu ni définir les raisons d'ordre «humanitaire» ni en ordonner l'observation

ian” or “compassionate” considerations, and no ordering of priority of such considerations.

20 It has long been recognized in Canada that the executive cannot grant powers or create rights or obligations within Canada where neither the traditional prerogative nor the common law nor Parliament nor provincial legislatures so provide. Therefore on the basis of the separation of powers the executive cannot by this indirect means alter a law of Parliament which has conferred a virtually unfettered discretion, and which leaves it to the Minister or his delegate to decide whether a person unlawfully in this country should be exempted from normal legal requirements on the basis of compassionate or humanitarian considerations. Nor can the executive by this indirect means require the courts of Canada to give an interpretation to laws which their text will not bear.

21 Furthermore, the executive branch of the Government of Canada cannot by such international arrangements alter rights and obligations within the jurisdiction of provincial legislatures.¹⁵ Yet if the argument of the appellant is correct, provisions such as article 3 of the Convention, which on their face appear to bear much more directly on matters of property and civil rights than on matters within federal jurisdiction, would have the effect of obliging provincial executive governments and provincial courts to apply the norms established by the Convention even in the absence of legislation.

22 For these constitutional reasons I would not be prepared to give the provisions of the Convention the legal effect of limiting the discretionary authority granted by Act of Parliament.

23 There are no doubt also administrative law reasons for not allowing the executive, through the executive act of treaty ratification, to effect a fettering of the discretion granted to the Minister by means of subsection 114(2) of the *Immigration Act*. Indeed, complaints are frequently made to this Court against any such fettering by the executive of this discretion.¹⁶ Were we to adopt the position that the

prioritaire.

Il est de règle au Canada que l'exécutif ne peut accorder des pouvoirs ou créer des droits ou obligations à l'intérieur du pays, sans s'autoriser de la prérogative traditionnelle, de la common law, ou d'une loi fédérale ou provinciale. Il s'ensuit que par application du principe de la séparation des pouvoirs, il ne saurait par ce moyen indirect modifier une loi fédérale qui a conféré un pouvoir discrétionnaire pratiquement absolu, et qui laisse au ministre ou à son délégué le soin de décider si une personne se trouvant illégalement dans ce pays doit être exemptée des prescriptions normales de la loi, et ce pour des raisons d'ordre humanitaire. L'exécutif ne saurait non plus, par ce moyen indirect, obliger les tribunaux du Canada à donner à des lois une interprétation qui ne s'accorde pas avec leur texte.

Qui plus est, le pouvoir exécutif du Canada ne peut pas se servir des conventions internationales de ce genre pour toucher aux droits et obligations qui relèvent de la compétence des législatures provinciales¹⁵. Dès lors, si l'argument de l'appelante est correct, des dispositions telles que l'article 3 de la Convention, qui par ses termes mêmes porte plus directement sur des matières intéressant les droits de propriété et les droits civils que des matières de compétence fédérale, auraient pour effet d'obliger les pouvoirs exécutif et judiciaire provinciaux à appliquer les normes établies par la Convention même en l'absence de toute loi à cet effet.

Par ces motifs d'ordre constitutionnel, je ne suis pas enclin à reconnaître aux dispositions de la Convention l'effet juridique de limiter le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi fédérale.

Il y a indiscutablement aussi des motifs de droit administratif pour ne pas permettre à l'exécutif d'entraver, par la ratification d'un traité, le pouvoir discrétionnaire que le ministre tient du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. En effet, notre Cour a été saisie à maintes reprises de plaintes contre pareille limitation par l'exécutif de ce pouvoir discrétionnaire¹⁶. À supposer que nous acceptions

executive, through ratification of this Convention, had required immigration officers to give a high priority to the best interests of children, what would be said of a refusal by an immigration officer to cancel the deportation of an abusive parent where he decided that that would be in the best interests of the deportee's children, interests which must be given high priority? Or what would be said of a decision to allow a deportation on humanitarian and compassionate grounds because the deportee would be going back to the country where his or her children resided and it was demonstrated that his or her return to them would be in their best interests, a matter decreed by the Convention to be of a high order of priority?

24 While the foregoing analysis deals with the legal difficulties of applying Convention norms in the absence of valid domestic law adopting those norms, the more fundamental problem with the appellant's position is that the Convention norms invoked simply do not on their face apply to this situation. I shall deal in turn with the provisions of the *Convention on the Rights of the Child* (the only international instrument referred to in the certified question) as relied on by the appellant.

25 While the appellant refers only to article 3, paragraph 1, the whole article should be read:

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.
3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of

l'argument qu'en ratifiant cette Convention, l'exécutif avait imposé aux agents d'immigration l'obligation de considérer prioritairement l'intérêt supérieur des enfants, que pourrait-on dire du refus par un agent d'immigration d'annuler l'expulsion du père ou de la mère brutal par ce motif que ce refus est conforme à l'intérêt supérieur de ses enfants, qui doit se voir reconnaître une priorité de premier rang? Ou de la décision de permettre l'expulsion pour des raisons d'ordre humanitaire parce que la personne expulsée retournerait dans le pays où résident son ou ses enfants et qu'il a été démontré que son retour auprès d'eux serait conforme à leur intérêt supérieur, lequel doit être une considération primordiale aux termes de la Convention?

L'analyse ci-dessus s'attache à la difficulté juridique qu'il y a à appliquer les normes prescrites par la Convention en l'absence d'une loi interne valide de mise en vigueur de ces normes, mais la faiblesse fondamentale de l'argument de l'appelante tient à ce que les normes de la Convention qu'elle invoque ne s'appliquent pas, d'après leurs termes mêmes, aux faits de la cause. J'examinerai successivement les dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (le seul instrument international mentionné dans la question certifiée) telles que les invoque l'appelante.

L'appelante ne cite que le paragraphe 1 de l'article 3, mais il faut envisager cet article dans son ensemble. Le voici:

Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.
3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la

children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Paragraph 1, which is the most germane, requires that “[i]n all actions concerning children . . . the best interests of the child shall be a primary consideration” [underlining added]. This is the core of the appellant’s argument that the certified question should be answered in the affirmative. I do not agree. In my view a proceeding having to do with a deportation of a parent is not an action concerning children any more than it is an action concerning the spouse or the parents or the siblings of the deportee. No doubt the decision will have an important impact on some or all of these people but it does not make the proceeding one “concerning” them. Only if the deportation of the child itself were in issue would the humanitarian review involve a decision “concerning” that child.

charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l’existence d’un contrôle approprié.

Le paragraphe 1, qui nous intéresse en particulier, prévoit que «[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants . . . l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale» [soulignements ajoutés]. Cette disposition est au cœur de l’argument de l’appelante qu’il faut répondre par l’affirmative à la question certifiée. Telle n’est pas ma conclusion. À mon avis, la procédure d’expulsion du père ou de la mère n’est pas plus une décision concernant les enfants qu’elle n’est une décision concernant le conjoint, les parents ou les frères et sœurs de la personne à expulser. Nul doute que cette décision aura des répercussions graves sur certains ou l’ensemble de ces gens, mais cela n’en fait pas pour autant une décision qui les «concerne». Ce n’est qu’en cas d’expulsion de l’enfant lui-même que le réexamen pour raisons d’ordre humanitaire entraîne une décision qui le «concerne».

26 While multilateral international conventions often, lamentably, lack definition and clarity, a reading of the whole of article 3 gives a strong indication that the article is directed to measures for the care and protection of children and it is wholly consistent with that focus that the best interests of the child should be a primary consideration. On the other hand, to give the term “concerning children” the meaning advanced by the appellant would be to apply it equally to any proceeding where the fate of a parent is in issue, such as in sentencing for a serious crime, or extradition. I am unable to believe that the executive government by ratifying this Convention has imposed on Canadian courts, for example, the obligation to give a high priority to the best interests of the children of a convicted dangerous offender in determining what his or her sentence should be. No doubt the circumstances of a convicted person’s family should be a circumstance considered by the sentencing judge, just as the circumstances of the appellant’s family were taken into account by Immigration Officer Caden. But it would be surprising indeed if the Convention were

Alors que les conventions internationales multilatérales manquent souvent, lamentablement, de précision et de clarté, il ressort clairement d’un examen de l’article 3 pris dans son ensemble qu’il prescrit des mesures de protection des enfants et des soins à leur assurer, et qu’il est dans le droit fil de cette insistance que l’intérêt supérieur de l’enfant soit une considération primordiale. À l’inverse, donner au membre de phrase «qui concernent les enfants» le sens proposé par l’appelante reviendrait à appliquer cet article à toute procédure où le sort du père ou de la mère est en jeu, par exemple l’application de la peine pour un crime grave ou l’extradition. Je ne peux concevoir qu’en ratifiant cette Convention, l’exécutif ait imposé aux tribunaux du Canada, par exemple, l’obligation d’accorder la préséance au meilleur intérêt des enfants d’un criminel dangereux lorsqu’il s’agit de décider quelle devrait être la peine à appliquer. Nul doute que la situation de la famille de la personne reconnue coupable doit être prise en considération par le juge qui prononce la sentence, tout comme la situation de la famille de l’appelante a été prise en considération par l’agent d’immigra-

26

intended to have the effect of obliging a sentencing judge to give primary consideration to the best interests of the convict's children.

- 27 Some further insight can be gained into the meaning of the phrase "concerning children" in article 3, paragraph 1 when one compares it to the language of article 12, paragraph 2 of the same Convention. This latter paragraph will be quoted in full and discussed briefly below but it refers to the right of a child to be heard.

Article 12

...

2. . . . in any judicial administrative proceedings affecting the child [Underlining added.]

In my view the proceeding in question before Immigration Officer Caden was, at best, one "affecting" the appellant's children as opposed to one "concerning" them. It is interesting that the Convention itself makes this distinction.

- 28 The appellant also relies on article 9, paragraph 1, but a full understanding of that article can only be gained by reading it in its entirety as follows:

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular

tion Caden. Mais ce serait vraiment étonnant s'il était prévu que la Convention doit avoir pour effet d'obliger le juge qui prononce la peine à tenir pour une considération primordiale le meilleur intérêt des enfants du criminel.

- 27 On peut mieux saisir le sens du membre de phrase «qui concernent les enfants» au paragraphe 1 de l'article 3 en le comparant aux termes du paragraphe 2 de l'article 12 de la même Convention. Ce dernier article, qui sera textuellement reproduit et brièvement analysé autre part, prévoit pour l'enfant le droit d'être entendu.

Article 12

...

2. . . . dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant [Soulignement ajouté.]

À mon avis, la procédure devant l'agent d'immigration Caden était, au mieux, une procédure «intéressant» les enfants de l'appelante, et non une procédure les «concernant». Il est intéressant de noter que la Convention elle-même fait cette distinction.

- 28 L'appelante invoque aussi le paragraphe 1 de l'article 9, mais on ne peut saisir pleinement le sens de celui-ci qu'en l'envisageant dans son ensemble:

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs

basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned. [Emphasis added.]

avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées. [Non souligné dans l'original.]

29 The appellant relies on paragraph 1 which states the general proposition that children should not be separated from their parents against their will. Again, reading the article as a whole, paragraphs 1, 2 and 3 apparently relate to matters such as marriage breakdown and child abuse within the family. If interpreted more broadly, it would raise the same difficulties in relation to, e.g. sentencing or extradition, that the broad interpretation asserted for article 3 would involve. Further it is apparent from paragraph 4 of article 9 that a special regime applies to separation resulting from state action such as imprisonment or deportation, and in such situations the state has a rather limited obligation of providing information as to the whereabouts of absent family members.

L'appelante s'appuie sur le paragraphe 1 qui pose pour principe général que les enfants ne doivent pas être séparés de leurs parents contre leur gré. Sur ce point encore, un examen de l'article 9 pris dans son ensemble montre que les paragraphes 1, 2 et 3 visent les cas tels que la rupture du mariage ou le mauvais traitement des enfants au sein de la famille. Une interprétation plus large donnerait lieu aux mêmes difficultés, en matière par exemple d'application de la peine ou d'extradition, que celles qu'entraîne une interprétation large de l'article 3. Qui plus est, il ressort du paragraphe 4 de l'article 9 qu'un régime spécial s'applique à la séparation tenant à une mesure des autorités comme l'emprisonnement ou l'expulsion, autant de cas dans lesquels l'État n'est tenu qu'à l'obligation de donner des renseignements sur l'endroit où se trouvent les membres absents de la famille.

30 Finally the appellant invokes article 12, particularly paragraph 2. That article reads as follows:

Enfin, l'appelante invoque l'article 12, en particulier son paragraphe 2. Voici ce que prévoit cet article:

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate

Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme appro-

body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

I would just make two observations on paragraph 2. As far as I can tell, this matter was not raised before the Motions Judge nor is it raised in any way in the certified question. Further, having regard to my conclusions above I do not believe that the Convention can be constitutionally given the effect of imposing, by means of action taken by the federal executive, an obligation on courts and tribunals not imposed by statute. In this regard it is worthwhile noting that much of the obligation so imposed would fall on provincial authorities administering provincial family law and providing civil legal aid.

31 With respect to the argument based on legitimate expectations, this is said to arise out of the commitment made by the federal executive, through ratification of the Convention, to conduct all public administration consistently with the requirements of the Convention. Apart from the fact that I have concluded that the Convention does not on its face apply to the situation, such an application of the doctrine of legitimate expectations is not permissible. It is well established that the doctrine creates no substantive rights.¹⁷ As indicated earlier, what the appellant is arguing for here is not just a procedural right to have the best interests of the children taken into account (which the Motions Judge found to have happened) but rather to have a particular result at the end of such consideration. That is, it is argued that the best interests of the children must be given a “primary consideration” or in other words a high order of priority in the weighing of various factors. This is a substantive, not a procedural, matter. I will therefore not go into the interesting question of whether the ratification of multilateral conventions can in any realistic sense be regarded as a meaningful representation to all Canadians that public affairs will thereafter be conducted in accordance with those conventions.

32 Lastly, I will deal with recent cases in New Zealand and Australia which were relied on by the

prié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Je ferai juste deux observations au sujet du paragraphe 2. Pour autant que je sache, ce point n’a pas été soulevé devant le juge des requêtes ni de quelque façon que ce soit dans la question certifiée. Par ailleurs, compte tenu des conclusions que j’ai tirées précédemment, je ne pense pas qu’il soit possible, sur le plan du droit constitutionnel, d’interpréter la Convention comme ayant pour effet d’imposer aux tribunaux judiciaires, au moyen d’une mesure prise par le pouvoir exécutif fédéral, une obligation que ne prévoit pas la loi. À cet égard, il y a lieu de noter que l’obligation imposée de cette façon tomberait en grande partie sur les autorités provinciales administrant le droit provincial de la famille et assurant l’aide juridique civile.

31 En ce qui concerne l’argument de l’attente légitime, l’appelante soutient que cette attente découle de l’engagement pris par le pouvoir exécutif fédéral, en ratifiant la Convention, de conduire l’ensemble de l’administration publique conformément aux prescriptions de ce texte. À part le fait que j’ai conclu que les termes de la Convention ne s’appliquent pas à l’affaire en instance, pareille application de la doctrine de l’attente légitime n’est pas possible. Il est de droit constant que l’attente légitime ne crée aucun droit matériel¹⁷. Comme indiqué *supra*, ce que fait valoir l’appelante en l’espèce, ce n’est pas juste un droit procédural de demander qu’il soit tenu compte du meilleur intérêt des enfants (ce qui a été fait selon les conclusions du juge des requêtes), mais un résultat spécifique au terme de cette prise en considération. C’est-à-dire que le meilleur intérêt des enfants doit être une «considération primordiale» ou, en d’autres termes, avoir priorité dans l’appréciation des divers facteurs. Il s’agit là d’une considération de fond, et non de procédure. Je n’examinerai donc pas la question intéressante de savoir s’il est réaliste de considérer la ratification de conventions multilatérales comme une proclamation valide à l’intention de tous les Canadiens que les affaires publiques seront subséquemment conduites conformément à ces conventions.

32 J’en viens maintenant, en dernier lieu, aux récentes jurisprudences néo-zélandaise et australienne que

appellant. Both involved the exercise of a discretion, based on alleged compassionate grounds, to permit a foreign parent of children born in those countries to remain there. In each case the *Convention on the Rights of the Child* was invoked by the parent to claim that adequate consideration had not been given to the “best interests” of the children as required by the Convention.

cite l'appelante. L'une et l'autre touchaient à l'exercice du pouvoir discrétionnaire soi-disant fondé sur des raisons d'ordre humanitaire, pour permettre au père ou à la mère des enfants nés dans le pays d'y demeurer. Dans chaque cas, la *Convention relative aux droits de l'enfant* a été invoquée par le père ou la mère pour soutenir que «l'intérêt supérieur» des enfants n'avait pas été convenablement pris en considération ainsi que le prescrit la Convention.

33 In *Tavita v Minister of Immigration*¹⁸ the New Zealand Court of Appeal specifically refrained from making a final decision on that argument.¹⁹ As in that case the birth of a New Zealand child and marriage to its mother had occurred after the refusal by the Minister to intervene on humanitarian grounds, it was agreed on all sides that he had had no occasion to take into account the interests of the child or the Convention. Before the Court was an appeal from a decision refusing judicial review of the Minister's decision. The Court of Appeal merely adjourned the appeal in order to give the Minister an opportunity to reconsider the matter having regard to the situation of the child.

Dans *Tavita v Minister of Immigration*¹⁸, la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande s'est expressément abstenue de se prononcer de façon définitive sur cet argument¹⁹. Comme dans cette affaire, la naissance d'un enfant en Nouvelle-Zélande et le mariage de sa mère avaient eu lieu après que le ministre se fut refusé à intervenir sur la base de raisons d'ordre humanitaire, toutes les parties ont convenu qu'il n'avait pas eu l'occasion de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ou la Convention. Ce dont la Cour était saisie, c'était l'appel formé contre le rejet du recours en contrôle judiciaire visant la décision du ministre. La Cour d'appel a simplement ajourné l'appel pour que le ministre pût revoir l'affaire compte tenu de la situation de l'enfant.

34 The more germane decision is that of the High Court of Australia in *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh*.²⁰ In that case Teoh, a Malaysian citizen, entered Australia in 1988 and married in that year. He had three children of this marriage. He had applied in 1989 for permanent residence but before such could be granted he was convicted of several counts of importation and possession of heroin and was given a six-year sentence. Permanent residence was subsequently refused to him because of his lack of good character as indicated by his criminal record. He applied for a review of this decision by the Immigration Review Panel. It was common ground that a relevant consideration in that review would be whether there were “strong compassionate or humanitarian grounds” for the grant of permanent residence. The panel in its decision had before it evidence concerning Teoh's family situation and it recognized in its decision that if Teoh were deported his family would be “facing a very bleak and difficult future.”

La décision qui nous intéresse davantage est celle qu'a rendue la Haute Cour de l'Australie dans *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh*²⁰. Dans cette affaire, Teoh, citoyen de la Malaisie, est entré en Australie en 1988 où il s'est marié la même année. Trois enfants sont nés de ce mariage. Il a demandé en 1989 la résidence permanente, mais avant que ce statut ne lui eût été accordé, il a été reconnu coupable de plusieurs chefs d'importation et de possession d'héroïne, et condamné à un emprisonnement de six ans. Subséquemment, il s'est vu refuser la résidence permanente, vu son manque de moralité ainsi que l'indique son casier judiciaire. Il a demandé au tribunal d'appel de l'immigration de revoir cette décision. Il était convenu de part et d'autre qu'un facteur dans ce recours était la question de savoir s'il y avait des [TRADUCTION] «raisons impérieuses d'ordre humanitaire» d'accorder la résidence permanente. Le tribunal était saisi entre autres des preuves relatives à la situation de famille de Teoh et il a reconnu dans sa décision que si Teoh

However it gave more weight to the serious nature of Teoh's crimes and found the compassionate reasons not to be sufficiently compelling.

35 The judicial review of this decision ultimately reached the High Court, where a majority agreed that the decision should be set aside. The views of the majority, consisting of four judges, are stated in three separate opinions. McHugh J. dissented. In the joint reasons of Mason C.J. and Deane J. it was recognized that the *Convention on the Rights of the Child*, although ratified by Australia, was not part of its domestic law. It was affirmed that where legislation is ambiguous and is susceptible of a construction consistent with Australia's international obligations then it should be so construed but that this

... does not import the terms of the treaty or convention into our municipal law as a source of individual rights and obligations.²¹

This judgment, however, in reality gave indirect effect to article 3 of the Convention (the only one invoked by Teoh) on the basis that by ratifying the Convention the Government of Australia had created a legitimate expectation that it would act in accordance with the Convention. It flowed from that, according to the judgment, that while a decision maker was not thereby bound to make the best interests of the child a primary consideration it was bound to warn the parent that it intended not to do so in order to give him the opportunity to argue against such a course of action. Mason C.J. and Deane J. did confirm that this did not oblige the decision maker to launch its own inquiries as to the best interests of the children. Although they recognized that in this case the Immigration Review Panel had taken into account the interests of the family including the children, and had balanced those interests against the demonstratively bad character of the applicant, that was not sufficient to give "a primary consideration" to the best interests of the children as

était expulsé, sa famille serait [TRADUCTION] «confrontée à un avenir sombre et difficile». Le tribunal a cependant accordé plus d'importance à la gravité des crimes de Teoh et a conclu que les raisons d'ordre humanitaire n'étaient pas suffisamment impérieuses.

35 Le recours en contrôle judiciaire contre cette décision est parvenu en dernier ressort à la Haute Cour, où la majorité a jugé qu'il fallait l'annuler. Les conclusions des quatre juges formant la majorité ont été exprimées dans trois opinions séparées, avec avis dissident du juge McHugh. Par motifs conjoints, le juge en chef Mason et le juge Deane font observer que la *Convention relative aux droits de l'enfant*, bien que ratifiée par l'Australie, ne faisait pas partie des lois nationales de ce pays. Ils rappellent que quand une loi est ambiguë et se prête à une interprétation compatible avec les obligations internationales de l'Australie, c'est cette interprétation qui prévaut, mais que cela

[TRADUCTION] ... n'a pas pour effet d'incorporer les dispositions du traité ou de la convention dans notre droit civil à titre de source de droits et d'obligations individuels²¹.

En réalité cependant, ce jugement donne indirectement effet à l'article 3 de la Convention (le seul invoqué par Teoh) par ce motif qu'en la ratifiant, le gouvernement de l'Australie a créé l'attente légitime qu'il agirait conformément à ses prescriptions. Il s'ensuit, selon ce jugement, que s'il n'incombe pas à l'autorité administrative de voir dans l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale, elle est tenue d'en informer le père ou la mère afin de lui donner la possibilité de présenter des arguments contre cette manière de voir. Le juge en chef Mason et le juge Deane confirment effectivement que cela n'oblige pas l'autorité administrative à découvrir elle-même quel serait l'intérêt supérieur des enfants. Tout en prenant acte qu'en l'occurrence, le tribunal d'appel de l'immigration avait pris en considération l'intérêt de la famille, dont celui des enfants, et avait mis dans la balance cet intérêt et la mauvaise moralité notoire du demandeur, les deux juges concluent que cela ne suffisait pas pour faire de l'intérêt supérieur des enfants «une considération primordiale»

signalled by article 3 of the Convention. Therefore it was concluded the decision should be set aside. They also expressly concluded that such a decision was one “concerning children” within the meaning of that article.

comme le prescrit l’article 3 de la Convention. Ils concluent donc qu’il faut annuler la décision de l’instance administrative, laquelle était, à leur avis, une décision «qui concerne les enfants» au sens de cet article.

36 Toohy J. essentially concurred in the reasoning of Mason C.J. and Deane J.

Le juge Toohy souscrit pour l’essentiel au raisonnement tenu par le juge en chef Mason et le juge Deane. 36

37 Gaudron J. said that he agreed with the judgment of Mason C.J. and Deane J. [at page 375] “as to the status of the Convention in Australian law”. It is not apparent which aspect of their judgment he was referring to or as to whether he endorsed the legitimate expectations route by which they had applied the Convention. He instead gave emphasis to the obligation of the state to protect its citizens, that is the children in question, and to act in their best interests. He concurred in the result of the majority.

De son côté, le juge Gaudron exprime son accord avec l’avis du juge en chef Mason et du juge Deane [à la page 375] [TRADUCTION] «pour ce qui est du statut de la Convention au regard de la loi australienne». On ne sait pas trop à quelle partie de leur jugement il fait référence ni s’il embrasse l’approche de l’attente légitime par laquelle ils ont appliqué la Convention. Par contre, il insiste sur l’obligation qu’a l’État de protéger ses citoyens, c’est-à-dire les enfants en question, et d’agir dans leur intérêt. Il souscrit en dernière analyse au jugement de la majorité. 37

38 McHugh J. in his dissenting judgment rejected that result. His most important conclusions for our purposes were that a legitimate expectation cannot give rise to a substantive right, and that the Convention gave rise to no legitimate expectations in these circumstances. The first conclusion was based on familiar principles. The second was based both on the constitutional structure of Australia (in this respect similar to that of Canada) and on the non-applicability of the specific language of article 3 of the Convention. With respect to the former point he found that if the executive ratification of an international convention were to give rise to a legitimate expectation that the Convention would be applied in Australia, the executive government through that ratification would have effectively amended Australian law. Not only would this thereafter govern all federal officials and tribunals, including those that are by law independent of the executive government; it would also alter the duties of state government officials.²² With respect to the latter point, the meaning of the Convention, McHugh J. had the following to say:

Par jugement dissident, le juge McHugh a rejeté la solution de la majorité. Ses conclusions les plus importantes pour notre propos sont que l’attente légitime ne crée pas un droit matériel, et que la Convention ne donne lieu à aucune attente légitime en l’occurrence. La première conclusion est fondée sur des principes connus. La seconde est fondée à la fois sur la structure constitutionnelle de l’Australie (qui ressemble à cet égard à celle du Canada) et sur la non-applicabilité du contenu spécifique de l’article 3 de la Convention. En ce qui concerne le premier point, il conclut que si la ratification par l’exécutif d’une convention internationale devait donner lieu à l’attente légitime que celle-ci serait appliquée en Australie, cela signifierait que par cette ratification, le pouvoir exécutif a effectivement modifié la loi australienne. Non seulement cette modification lierait par la suite toutes les autorités et tribunaux fédéraux, y compris ceux qui sont légalement indépendants de l’exécutif, mais elle modifierait aussi les responsabilités des autorités des États²². En ce qui concerne le second point, savoir le sens de la Convention, le juge McHugh s’est prononcé en ces termes: 38

Even if Art 3 is generally applicable to actions under the Migration Act, I do not think that Art 3 was intended

[TRADUCTION] À supposer que l’article 3 s’applique de façon générale aux mesures prises en application de la Loi

to apply to an action that has consequences for a child but is not directed at the child. Article 3 will have enormous consequences for decision-making in this country if it applies to actions that are not directed at but merely have consequences for children. It seems unlikely, for example, that it was the intention of the article that a court must make the best interests of a child a primary consideration in sentencing a parent. And there are many other areas of administration where it could hardly have been intended that the best interests of the child were to be a primary consideration in actions that have consequences for a child. Must a public authority make the best interests of a child a primary consideration in determining whether to acquire compulsorily the property of a parent? Must the Commissioner of Taxation make the best interests of a child a primary consideration in exercising his powers under the Income Tax Assessment Act 1936 (Cth)? Questions of this sort make it likely that the provisions of Art 3 were intended to apply to "actions" that were directed at children and not those that merely have consequences for children.

In my opinion, therefore, Art 3 was not intended to apply to an application by an adult person for resident status. Here the action was directed at Mr Teoh. It was not directed at the children. I do not think that Art 3 required the minister's delegate to make the best interests of the children a primary consideration in deciding Mr Teoh's application any more than that article required the judge who sentenced him to make the best interests of the children a primary consideration in the sentencing process.²³

It will be noted that I have reached similar conclusions above in the elaboration of the jurisprudence of this Court.

39 I therefore respectfully reject the reasoning of the majority in the *Teoh* case and, as did the Motions Judge, adopt the reasoning of McHugh J. The majority judgments in *Teoh* have been criticized by at least one author.²⁴ Furthermore, the finding by the Court that Australia's ratification of the Convention amounted to a public undertaking by the government that the Convention would be applied in Australia, thus giving rise to legitimate expectations, was specifically repudiated by that government. On May 10, 1995 the Minister for Foreign Affairs and Trade and the Attorney General issued the following statement:

sur la migration, je ne pense pas qu'il ait été conçu pour s'appliquer à une mesure qui a des conséquences pour l'enfant mais qui ne le vise pas directement. L'article 3 aura des conséquences énormes pour le processus administratif dans ce pays s'il s'applique aux mesures qui ne visent pas les enfants mais ne font qu'avoir des conséquences pour eux. Il semble par exemple peu probable qu'il ait été conçu dans le but d'obliger une juridiction répressive à voir dans l'intérêt supérieur d'un enfant une considération primordiale lorsqu'elle prononce une peine contre le père ou la mère de cet enfant. Et il est un grand nombre d'autres domaines administratifs où on ne saurait concevoir que l'intérêt supérieur d'un enfant puisse être la considération primordiale dans des décisions qui ont des conséquences pour lui. Une autorité publique doit-elle faire de l'intérêt supérieur d'un enfant une considération primordiale lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'exproprier son père ou sa mère? Le commissaire à l'impôt doit-il faire de l'intérêt supérieur d'un enfant la considération primordiale lorsqu'il exerce les pouvoirs qu'il tient de la loi fédérale Income Tax Assessment Act 1936? Les questions de ce genre engagent à conclure que les dispositions de l'article 3 ont été conçues pour s'appliquer aux «décisions» visant des enfants et non à celles qui ont juste des conséquences pour eux.

Il n'était donc pas prévu que l'article 3 s'applique à la demande du statut de résident par un adulte. En l'espèce, la décision visait M. Teoh, elle ne visait pas ses enfants. Je ne pense pas que l'article 3 prescrive que les délégués du ministre font de l'intérêt supérieur des enfants une considération primordiale pour se prononcer sur la demande de M. Teoh, pas plus qu'il n'a obligé le juge qui l'a condamné à en faire une considération primordiale dans l'application de la peine²³.

Soit dit en passant, je suis parvenu aux mêmes conclusions dans la recension de la jurisprudence de cette Cour.

En conséquence, je rejette le raisonnement tenu par la majorité dans la cause *Teoh* et, comme l'a fait le juge des requêtes, adopte celui du juge McHugh. Le jugement de la majorité dans *Teoh* a été critiqué par au moins un auteur²⁴. Par ailleurs, le gouvernement australien a expressément réfuté la conclusion, tirée par la Cour, que la ratification de la Convention valait engagement public de sa part de l'appliquer en Australie et, de ce fait, donnait lieu à une attente légitime en la matière. Le 10 mai 1995, le ministre des Affaires étrangères et du Commerce extérieur et le procureur général ont fait la déclaration suivante:

We state, on behalf of the Government, that entering into an international treaty is not reason for raising any expectation that government decision-makers will act in accordance with the treaty if the relevant provisions of that treaty have not been enacted into domestic Australian law. It is not legitimate, for the purpose of applying Australian law, to expect that the provisions of a treaty not incorporated by legislation should be applied by decision-makers. Any expectation that may arise does not provide a ground for review of a decision. This is so both for existing treaties and for future treaties that Australia may join.²⁵

This statement recognized that such conventions could be taken into account by decision makers in exercising their discretion under legislation but insisted that treaties not made part of the law of Australia could not give rise to rights and obligations.

Conclusion

40 I therefore conclude that the *Convention on the Rights of the Child*, not having been adopted into Canadian law, cannot constitutionally give rise to rights and obligations as to how the discretion given by subsection 114(2) of the *Immigration Act* is to be exercised. That is the Convention cannot prescribe, in a manner enforceable by the courts, the obligation to give the best interests of children, of an alien who is under order of deportation, superior weight to some other factors. Such a prescription would give rise to a substantive, not merely a procedural, right and cannot be the subject of legitimate expectations. Further, articles 3 and 9 of the Convention, which are the only ones properly under consideration on this appeal, do not by their terms purport to prescribe a priority for the best interests of the child in a proceeding under subsection 114(2) which involves the deportation of the parent and not of the child.

41 It bears repeating that this conclusion in no way denies the relevance of the interests of children of prospective deportees when the Minister or her delegate exercises the humanitarian and compassionate discretion, if the situation of the children is brought to their attention. But it is for the parents or

[TRADUCTION] . . . Au nom du gouvernement, nous tenons à rappeler que la conclusion d'un traité international n'est pas une raison de s'attendre à ce que les autorités gouvernementales se conforment à ce traité, si les dispositions pertinentes n'en ont pas été incorporées dans la législation nationale australienne. Ce n'est pas légitime, pour l'application de la loi australienne, que de s'attendre à ce que les autorités doivent appliquer les dispositions d'un traité qui n'a pas été mis en vigueur par voie législative. Pareille attente n'est pas un moyen de contestation d'une décision. Il en est ainsi des traités existants comme des traités auxquels l'Australie pourra adhérer à l'avenir²⁵.

Cette déclaration rappelle que les autorités administratives, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elles tiennent de la législation applicable, devraient tenir compte de ces conventions, mais que les traités qui n'ont pas été incorporés dans la loi australienne ne pourraient créer ni droits ni obligations.

Conclusion

De ce qui précède, je conclus que la *Convention relative aux droits de l'enfant*, n'ayant pas été mise en vigueur par voie législative au Canada, ne saurait, du point de vue du droit constitutionnel, créer des droits ou des obligations quant au mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Cela signifie que cette Convention ne peut prévoir l'obligation, susceptible d'exécution judiciaire, d'accorder à l'intérêt supérieur des enfants d'un étranger en instance d'expulsion, la préséance sur certains autres facteurs. Une telle obligation créerait un droit matériel, non pas purement procédural; elle ne saurait faire l'objet d'une attente légitime. Qui plus est, les articles 3 et 9 de la Convention, qui sont les seuls susceptibles d'être invoqués dans cet appel, ne visent pas à prescrire, par leurs termes mêmes, la considération prioritaire du meilleur intérêt de l'enfant dans l'application du paragraphe 114(2) en cas d'expulsion de son père ou de sa mère et non de l'enfant lui-même.

41 Il convient de rappeler que cette conclusion ne dénie nullement l'importance qu'il faut accorder à l'intérêt des enfants des personnes en instance d'expulsion lorsque le ministre ou son délégué exerce son pouvoir discrétionnaire sur la base des raisons d'ordre humanitaire, si la situation de ces enfants est

others authorized by provincial law to determine, in the best interests of the child, whether that child should accompany a departing parent.

Disposition

42 The appeal should therefore be dismissed and the question as certified should be answered in the negative.

ROBERTSON J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ At p. 116.

² [1996] 2 F.C. 976 (C.A.).

³ October 24, 1996.

⁴ *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.), at p. 5.

⁵ (1995), 29 C.R.R. (2d) 184 (F.C.A.).

⁶ *Id.*, at p. 187.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ (1995), 184 N.R. 352 (F.C.A.).

¹⁰ (1996), 197 N.R. 305 (F.C.A.).

¹¹ See e.g. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., 1992), at pp. 285-287.

¹² The Parliament of Canada has simply acknowledged the existence of the Convention and proclaimed a day to honour it: see the *Child Day Act*, S.C. 1993, c. 18.

¹³ *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1371-1372.

¹⁴ See e.g. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed., 1994), at pp. 330, 464-465.

¹⁵ See e.g. *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.).

¹⁶ See e.g. *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.).

¹⁷ See e.g. *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 557-558.

¹⁸ [1994] 2 NZLR 257 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, at p. 266.

portée à leur attention. Mais c'est aux parents ou aux autres personnes qu'autorise la loi provinciale, qu'il appartient de décider, dans l'intérêt de l'enfant, si celui-ci doit accompagner le père ou la mère qui est expulsé.

Décision

Par ces motifs, il faut rejeter l'appel et répondre 42 par la négative à la demande certifiée.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

¹ À la p. 116.

² [1996] 2 C.F. 976 (C.A.).

³ 24 octobre 1996.

⁴ *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.), à la p. 5.

⁵ (1995), 29 C.R.R. (2d) 184 (C.A.F.).

⁶ *Id.*, à la p. 187.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ (1995), 184 N.R. 352 (C.A.F.).

¹⁰ (1996), 197 N.R. 305 (C.A.F.).

¹¹ Voir p. ex. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd., 1992), aux p. 285 à 287.

¹² Le Parlement du Canada n'a fait que prendre acte de l'existence de la Convention et proclamer un jour en son honneur; voir la *Loi sur la journée de l'enfant*, L.C. 1993, ch. 18.

¹³ *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux p. 1371 et 1372.

¹⁴ Voir p. ex. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd., 1994), aux p. 330, 464 et 465.

¹⁵ Voir p. ex. *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.).

¹⁶ Voir p. ex. *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{er} inst.).

¹⁷ Voir p. ex. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux p. 557 et 558.

¹⁸ [1994] 2 NZLR 257 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, à la p. 266.

- ²⁰ (1995), 128 ALR 353 (Aust. H.C.).
- ²¹ *Id.*, at p. 362.
- ²² *Id.*, at p. 385.
- ²³ *Id.*, at p. 387.
- ²⁴ Piotrowicz, Ryszard. "Unincorporated Treaties in Australian Law", [1996] *Public Law* 190.
- ²⁵ *Id.*, at p. 194.
- ²⁰ (1995), 128 ALR 353 (H.C. Aust.).
- ²¹ *Id.*, à la p. 362.
- ²² *Id.*, à la p. 385.
- ²³ *Id.*, à la p. 387.
- ²⁴ Piotrowicz, Ryszard. «Unincorporated Treaties in Australian Law», [1996] *Public Law* 190.
- ²⁵ *Id.*, à la p. 194.

T-1407-96

T-1407-96

Harbans Singh Pawar, for Himself and as Representative of All Those Also Improperly Denied Benefits (Plaintiff)

Harbans Singh Pawar, en son nom propre et au nom de tous ceux qui ont été aussi injustement exclus de la pension (demandeur)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: PAWAR v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: PAWAR c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, September 9 and December 2, 1996.

Section de première instance, protonotaire Hargrave — Vancouver, 9 septembre et 2 décembre 1996.

Practice — Parties — Standing — Class actions — Action on behalf of all Canadian citizens, permanent residents, aged 65, but not residing in Canada for 10 years leading up to pensionability as required by Old Age Security Act — As directly affected by legislation, taking only reasonable, effective means of bringing issues to Court, plaintiff having standing — Plaintiff would fairly, adequately represent class — Having written authorization of 250 people — Unreasonable to expect proceeding to begin with exhaustive list of class — Unnecessary to obtain consent of other members of class before commencing action — Persons for whom class action taken must be identified but defendant's revealing all class members.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Recours collectifs — Action introduite au nom de tous les citoyens et résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises par la Loi sur la sécurité de la vieillesse pour l'admissibilité à la pension — Le demandeur a qualité pour agir, car il est directement touché par la Loi en la matière et prend le seul moyen raisonnable et concret de soumettre le problème à la Cour — Il représenterait équitablement et convenablement la catégorie — Il a l'autorisation écrite de 250 personnes — Il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'il introduise l'action avec la liste exhaustive de la catégorie — Il n'est pas nécessaire de s'assurer le consentement des autres membres de la catégorie avant d'intenter l'action — Les personnes représentées dans le recours collectif doivent être identifiées, mais la défenderesse a le moyen de savoir qui elles sont.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Portions of statement of claim to reduce representative proceeding to action with sole plaintiff — Action on behalf of all Canadian citizens, permanent residents, aged 65, but not residing in Canada for 10 years preceding pensionability as required by Old Age Security Act — Onus on party seeking to strike under R. 419 to show plain, obvious action cannot succeed — Elements of class proceeding — Not plain and obvious action cannot succeed — Class identifiable as individual's date of arrival in Canada, status, age, part of easily accessible records in defendant's possession — Common grievance, interest, defences — Class action may be only access to judicial system for many due to cost of litigation — Possible saving to public in avoiding similar actions — Quantum of damages simple bookkeeping exercise.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Requête en radiation de certaines parties de la déclaration en vue de réduire le recours collectif en une action individuelle avec un seul demandeur — Action introduite au nom de tous les citoyens et résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises par la Loi sur la sécurité de la vieillesse pour l'admissibilité à la pension — Il incombe à la partie concluant à la radiation sous le régime de la Règle 419 de prouver qu'il est évident et manifeste que l'action ne pourra aboutir — Éléments du recours collectif — Il n'est pas évident et manifeste que l'action en l'espèce ne pourra aboutir — Catégorie identifiable puisque la date d'arrivée au Canada, le statut et l'âge de chaque individu sont des données facilement accessibles, en la possession de la défenderesse — Identité de sujet de plainte, d'intérêt et de moyens de défense — Le recours collectif peut être la seule voie d'accès à la justice pour un grand nombre de gens vu les frais de contentieux — L'économie tient à ce que le recours collectif peut éviter des actions semblables de la part d'autres — Le quantum des dommages-intérêts est simple affaire de comptabilité.

This was a motion pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 419 to strike out portions of the statement of claim to reduce the representative proceeding to an action in which Mr. Pawar is the sole plaintiff. Mr. Pawar is a 67-year-old resident of Canada who arrived here in 1987. On reaching age 65 in 1993 he applied for an old age security pension, which was denied because he had not resided in Canada for the ten years preceding approval of a pension application as required by *Old Age Security Act*, subparagraph 3(1)(b)(iii). On behalf of the class composed of Canadian citizens or permanent residents, who are 65, but who have not resided in Canada for the required ten consecutive years leading up to pensionability, the statement of claim seeks a declaration as to pensionable status, and damages equivalent to the pensions each member of the class would have received had he or she been granted a pension on reaching 65. Mr. Pawar produced an authorization signed by 250 people who wished him to represent them, and recently advertised for individuals to add to the group. *Federal Court Rules*, Rule 1711 provides that where numerous persons have the same interest in any proceeding, the proceeding may be begun and continued, by or against any one or more of them representing all or as representing all except one or more of them.

The issues were: (1) whether the plaintiff had standing to pursue a class action or whether he was an appropriate representative plaintiff to fairly and adequately represent the class; and (2) whether the members and number of the proposed class, and the common interest and grievance were properly identified.

Held, the motion should be dismissed.

(1) The plaintiff had standing. He was directly affected by the legislation and took the only reasonable and effective means of bringing the issue before the Court.

The plaintiff would fairly and adequately represent the class. He already speaks for 250 people, which may be a small sample of the proposed class, but it is unreasonable to expect such a proceeding to begin with an exhaustive list of the class. Further it is unnecessary, in a representative action, for the plaintiff to obtain the consent of other members of the class before commencing the action, even if there are some members of the class who do not wish to be joined as plaintiffs. It is necessary that there be proper identification of the persons for whom the class action is taken.

(2) The test to be applied in striking out a pleading under Rule 419 is whether it is plain and obvious that the

Requête, introduite en application de la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*, en radiation de certaines parties de la déclaration en vue de réduire le recours collectif en une action dans laquelle M. Pawar serait le seul demandeur. Celui-ci, qui a 67 ans, est un résident du Canada où il est arrivé en 1987. Parvenu à l'âge de 65 ans, il a demandé la pension de la sécurité de la vieillesse, qu'on lui a refusée parce qu'il n'avait pas résidé au Canada pendant les dix ans précédant la date d'agrément de la demande de pension, ainsi que le prescrit le sous-alinéa 3(1)(b)(iii) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Introduite au nom de la catégorie composée de citoyens ou de résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises pour l'admissibilité à la pension, la déclaration conclut à jugement déclaratoire sur leur statut d'ayants droit et à réparation équivalente à la pension que chacun d'eux aurait touchée s'il y avait eu droit au moment d'atteindre l'âge de 65 ans. M. Pawar produit une autorisation signée par quelque 250 personnes qui veulent se faire représenter par lui, et a récemment fait paraître des annonces pour rechercher des individus à ajouter au groupe. Aux termes de la Règle 1711 des *Règles de la Cour fédérale*, lorsque plusieurs personnes ont le même intérêt dans une procédure, la procédure peut être engagée et poursuivie par ou contre l'une ou plusieurs d'entre elles en tant que représentant toutes ces personnes ou en tant que les représentant toutes à l'exception d'une d'entre elles ou plus.

Il échet d'examiner: (1) si le demandeur a qualité pour intenter une action collective ou s'il est un demandeur propre à représenter équitablement et convenablement la catégorie en question; et (2) si les membres et l'effectif de cette catégorie, ainsi que l'intérêt et le sujet de plainte communs, sont convenablement identifiés.

Jugement: la requête doit être rejetée.

(1) Le demandeur a qualité pour agir. Il est directement touché par la Loi en la matière et prend le seul moyen raisonnable et concret de soumettre le problème à la Cour.

Le demandeur représenterait équitablement et convenablement la catégorie en question. Il parle actuellement au nom de 250 personnes; ce chiffre ne représente peut-être qu'un petit échantillon de personnes qui relèveraient de cette catégorie, mais on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une action de ce genre soit introduite avec une liste exhaustive de noms. En outre, il n'est pas nécessaire, dans un recours collectif, que le demandeur obtienne le consentement des autres membres de la catégorie pour intenter l'action, même si certains membres de la catégorie ne tiennent pas à participer en qualité de demandeurs. Il est nécessaire d'identifier convenablement les personnes au nom desquelles le recours collectif est intenté.

(2) Le critère à appliquer en matière de radiation de plaidoirie consiste en la question de savoir s'il est évident

class action cannot succeed. Among the circumstances to be considered in the exercise of discretion under Rule 419 are that a representative action is preferable to a plethora of similar proceedings; the economics of litigation i.e. litigation may be more feasible when individuals join together in a class or representative proceeding; the balance of convenience and judicial economy: a class action may be an appropriate vehicle by which to resolve a common issue at a reasonable cost to the public; and, while one proceeding ought to be enough to establish a precedent, the same might be said about all class actions, and the individuals involved likely each feel that it is their right to have their day in court, even if only by proxy. A representative proceeding under Rule 1711 should be approached from a practical point of view for the Rule is "not a rigid matter of principle, but a flexible tool of convenience in the administration of justice".

The basic elements for a class proceeding are: (1) the parties must have the same interest in the action; (2) the grievance must be common; and (3) the relief must be beneficial to all. The three sub-elements are: (i) the purported class must be capable of clear and definite definition; (ii) the principal issues of fact and law must be essentially the same with regard to all members of the class; and (iii) assuming liability, there must be a single measure of damages applicable to all members.

It was not plain and obvious that the action could not succeed because the class could not be properly defined and identified, by reason of lack of a common grievance, interest or defence, or because it did not fit into an accepted framework for a representative proceeding. The class proposed by the plaintiff was not difficult to define. It is a class that has the same interest: a pension for a Canadian citizen or resident at age 65, regardless of the place of residence over the ten years leading up to pensionability. That the defendant may be the only entity with records to show all who fall into the class, or that the class is very large does not detract from its identification. The class herein was unambiguous in that the individual's date of arrival in Canada, status, and age were part of easily accessible records, and the plaintiff was taking steps to bring in more of the class. Much of the information needed to define the class was already in the defendant's hands.

The class had a common grievance, with similar issues of law and fact for all of the class and with no apparent different defences which might apply to a given individ-

et manifeste que le recours collectif n'aboutira pas. Parmi les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la Règle 419, il y a le fait qu'un recours collectif est préférable à une profusion de procédures portant sur le même point litigieux; le fait économique qu'un procès est plus abordable quand plusieurs personnes se regroupent pour intenter une action catégorielle ou un recours collectif; la balance des préjudices éventuels de part et d'autre et l'économie des ressources judiciaires: l'action catégorielle peut être le moyen indiqué pour résoudre un litige commun à un coût raisonnable pour le public; et s'il est vrai qu'une seule action doit suffire pour établir un précédent, il en serait de même de tous les recours collectifs, et les individus représentés doivent sentir chacun qu'ils ont le droit de se faire entendre, ne serait-ce que par personne interposée. Il faut considérer d'un point de vue pragmatique le recours collectif engagé sous le régime de la Règle 1711, laquelle n'est pas «un principe rigide, mais un outil pratique et flexible dans l'administration de la justice».

Voici les éléments fondamentaux du recours collectif: (1) les parties doivent avoir le même intérêt dans l'action; (2) elles doivent partager le même chef de plainte; et (3) la réparation doit profiter à tous les membres du groupe. Il y a trois questions secondaires: (i) la catégorie en question doit être susceptible de définition claire et ferme; (ii) toutes les questions principales de fait et de droit doivent être les mêmes à l'égard de tous les membres de la catégorie; (iii) à supposer que la responsabilité civile soit établie, il faut qu'il y ait une mesure unique de réparation applicable à tous les membres de la catégorie.

Il n'est pas évident et manifeste que l'action ne peut aboutir parce que la catégorie ne peut être convenablement définie ou identifiée faute de sujet de plainte, d'intérêt ou de défense communs, ou parce que ses éléments ne rentrent dans le cadre reconnu du recours collectif. La catégorie que le demandeur dit représenter n'est pas difficile à définir. Ceux qui en font partie ont le même intérêt, savoir la pension revenant au citoyen ou résident permanent du Canada, âgé de 65 ans révolus, sans avoir égard au lieu de résidence durant les 10 années qui précèdent l'admissibilité à la pension. Ni le fait que la défenderesse est peut-être la seule à avoir les registres pour montrer qui relève de cette catégorie, ni l'ampleur de cette dernière n'en empêche l'identification. La catégorie en cause est dénuée d'ambiguïté en ce que la date d'arrivée d'un individu au Canada, son statut et son âge sont tous des données facilement accessibles, d'autant que le demandeur a pris les dispositions nécessaires pour faire intervenir davantage de membres du groupe. Le gros des informations nécessaires pour définir la catégorie se trouve déjà entre les mains de la défenderesse.

Cette catégorie a le même sujet de plainte, justifie des mêmes questions de droit et de fait pour la catégorie tout entière, sans qu'il puisse y avoir des moyens de défense

ual. Once a person qualified for the class, it is difficult to see how real different defences might arise. Statute of limitation defences are not a reason to strike out under Rule 419. Any limitations which might apply may be dealt with by the trial judge in further delineating the class, if necessary.

There may be a need for a class action. Sometimes a class action is the only access many people have to the judicial system because of the prohibitive cost of litigation. There may also be a saving in avoiding similar actions by others. If successful, the measure of damages should be a formula and bookkeeping exercise.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Class Proceedings Act, S.B.C. 1995, c. 21, s. 4.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 419, 1711.
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 3(1)(b)(iii).
Rules of Court, B.C. Reg. 310/76, R. 5.
Rules of the Supreme Court 1965 (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 15, r. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunt v. Carey Canada Inc., [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732; (1972), 72 DTC 6215 (T.D.); *Knowles v. Roberts* (1888), 38 Ch. D. 263 (C.A.); *John v. Rees*, [1970] Ch. 345; *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344; [1990] 2 C.N.L.R. 85 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Shaw et al. v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, [1973] 4 W.W.R. 391 (B.C.C.A.); *Irish Rowan, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.); *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.); *Bendall v. McGhan Medical Corp.* (1993), 14 O.R. (3d) 734; 106 D.L.R. (4th) 339; 16 C.P.C. (3d) 156 (Gen. Div.).

différents à opposer à l'un quelconque de ses membres. Une fois une personne qualifiée pour l'inclusion dans la catégorie, il est difficile de voir comment il pourrait vraiment y avoir différents moyens de défense. L'exception de prescription légale n'est pas un motif de radiation sous le régime de la Règle 419. Toute prescription qui pourrait opérer en l'espèce pourrait faire l'objet d'une décision du juge du fond lorsqu'il délimite davantage la catégorie au besoin.

Un recours collectif peut s'avérer nécessaire. Dans certains cas, il représente la seule voie d'accès à la justice pour nombre de personnes, car les frais de contentieux à supporter par les individus sont prohibitifs. L'économie pourra tenir à ce qu'il permet d'éviter des actions semblables de la part d'autres. Au cas où le demandeur aurait gain de cause, la réparation qui pourrait être accordée sera simple affaire d'application de formule et de comptabilité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Class Proceedings Act, S.B.C. 1995, ch. 21, art. 4.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 3(1)(b)(iii).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 419, 1711.
Rules of Court, B.C. Reg. 310/76, Règle 5.
Rules of the Supreme Court 1965 (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 15, Règle 12.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunt c. Carey Canada Inc., [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1^{re} inst.); *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732; (1972), 72 DTC 6215 (1^{re} inst.); *Knowles v. Roberts* (1888), 38 Ch. D. 263 (C.A.); *John v. Rees*, [1970] Ch. 345; *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344; [1990] 2 C.N.L.R. 85 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Shaw et al. v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, [1973] 4 W.W.R. 391 (C.A.C.-B.); *Irish Rowan, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.); *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.); *Bendall v. McGhan Medical Corp.* (1993), 14 O.R. (3d) 734; 106 D.L.R. (4th) 339; 16 C.P.C. (3d) 156 (Div. gén.).

DISTINGUISHED:

Kiist v. Canadian Pacific Railway Co., [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

CONSIDERED:

Alberta Pork Producers Marketing Board v. Swift Canadian Co. (1981), 33 A.R. 541; 129 D.L.R. (3d) 411; 16 Alta. L.R. (2d) 313; 26 C.P.C. 72 (Q.B.).

REFERRED TO:

Micromar International Inc. v. Micro Furnace Ltd. (1988), 22 C.I.P.R. 79; 23 C.P.R. (3d) 214 (F.C.T.D.); *Logan et al. v. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (T.D.); *Government of Canada v. Perry et al.* (1981), 41 N.R. 91 (F.C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450; (1986), 6 F.T.R. 138 (T.D.); *Mayrhofer v. Canada*, [1993] 2 F.C. 157; (1993), 61 F.T.R. 81 (T.D.); *American Pipe & Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974); *Karlsson (R.) v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 282; (1991), 91 DTC 5611 (F.C.T.D.); *BMG Music Canada Inc. v. Vogiatzakis* (1996), 67 C.P.R. (3d) 27; 110 F.T.R. 34 (F.C.T.D.).

MOTION pursuant under Rule 419 to strike out portions of the statement of claim to reduce the representative proceeding to an action with a sole plaintiff. Motion dismissed.

COUNSEL:

Lewis Spencer for plaintiff.
Leigh Taylor for defendant.

SOLICITORS:

Lewis Spencer, Vancouver, for plaintiff.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kiist c. Canadian Pacific Railway Co., [1982] 1 C.F. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Alberta Pork Producers Marketing Board v. Swift Canadian Co. (1981), 33 A.R. 541; 129 D.L.R. (3d) 411; 16 Alta. L.R. (2d) 313; 26 C.P.C. 72 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES:

Micromar International Inc. c. Micro Furnace Ltd. (1988), 22 C.I.P.R. 79; 23 C.P.R. (3d) 214 (C.F. 1^{re} inst.); *Logan et al. c. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (C.F. 1^{re} inst.); *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (1^{re} inst.); *Gouvernement du Canada c. Perry et autres* (1981), 41 N.R. 91 (C.A.F.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450; (1986), 6 F.T.R. 138 (1^{re} inst.); *Mayrhofer c. Canada*, [1993] 2 C.F. 157; (1993), 61 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *American Pipe & Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974); *Karlsson (R.) c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 282; (1991), 91 DTC 5611 (C.F. 1^{re} inst.); *BMG Music Canada Inc. c. Vogiatzakis* (1996), 67 C.P.R. (3d) 27; 110 F.T.R. 34 (C.F. 1^{re} inst.).

REQUÊTE, introduite sous le régime de la Règle 419, en radiation de certaines parties de la déclaration en vue de réduire le recours collectif en une action avec un seul demandeur. Requête rejetée.

AVOCATS:

Lewis Spencer pour le demandeur.
Leigh Taylor pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Lewis Spencer, Vancouver, pour le demandeur.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 HARGRAVE P.: The defendant's motion to strike out portions of the statement of claim has as its purpose to reduce this representative proceeding to an action in which Mr. Pawar is the sole plaintiff.

1 LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Il y a en l'espèce requête en radiation par la défenderesse de certaines parties de la déclaration, en vue de réduire le recours collectif en une action individuelle dans laquelle M. Pawar serait le seul demandeur.

BACKGROUND

LE CONTEXTE

2 Mr. Pawar is a sixty-seven year old resident of Canada who arrived in Canada in 1987. On reaching the age of sixty-five, in about December of 1993, he applied for an old age security pension, which was denied on the basis of subparagraph 3(1)(b)(iii) of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, which requires, as one of its conditions of eligibility, residence in Canada for the ten years leading up to the approval of an application for a pension.

2 M. Pawar, qui a 67 ans, est un résident du Canada où il est arrivé en 1987. Parvenu à l'âge de 65 ans vers décembre 1993, il a demandé la pension de la sécurité de la vieillesse, qu'on lui a refusée en application du sous-alinéa 3(1)(b)(iii) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, qui pose pour condition d'admissibilité, entre autres, la résidence au Canada pendant les dix ans précédant la date d'agrément de la demande de pension.

3 Mr. Pawar, who attended in the courtroom with a number of people whom he wishes to represent, defines the class, in his statement of claim:

3 M. Pawar, qui comparaisait en compagnie d'un certain nombre de personnes qu'il entend représenter, définit leur catégorie en ces termes dans sa déclaration:

13. The Plaintiff seeks to represent all like situated individuals, either Canadian citizens or permanent residents, who have similarly been wronged and denied benefits under the requirements of ten years residency in Canada of the Old Age Security Act, R.S. Chap. O-9.

[TRADUCTION] 13. Le demandeur demande à représenter tous les individus qui se trouvent dans le même cas, qu'ils soient citoyens ou résidents permanents du Canada, et qui ont été aussi injustement exclus de la pension en raison de la condition des dix années de résidence au Canada, que prescrit la Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C., ch. O-9.

4 The class, composed of Canadian citizens or permanent residents, who are sixty-five years of age, but who have not resided in Canada for the required ten consecutive years leading up to pensionability, seek a declaration in this representative action as to their pensionable status. If the group is successful its members then ask for damages equivalent to the pensions each would have received had each been granted a pension on reaching sixty-five years of age. There seem to be enough people in this class who are actively pursuing a pension that the Income Security Programs branch of the Government of

4 La catégorie en question, composée de citoyens ou de résidents permanents du Canada, qui ont 65 ans révolus mais n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises pour l'admissibilité à la pension, conclut dans ce recours collectif à jugement déclaratoire sur leur statut d'ayant droit, et une fois ce statut reconnu, à réparation équivalente à la pension que chacun d'eux aurait touchée s'il y avait eu droit au moment d'atteindre l'âge de 65 ans. Il semble qu'il y a assez de gens de cette catégorie qui réclament activement une pension pour que le service des Programmes de la sécurité du

Canada has a standard form rejection letter.

revenu du gouvernement du Canada se sert d'une formule standard de lettre de rejet.

5 The group who wish Mr. Pawar's representation has apparently been put together from a number of sources, including members of Mr. Pawar's East Indian community and a local seniors' community centre. His organization is also working through agencies, societies and community organizations in Vancouver, Edmonton and Calgary, and has recently advertised for individuals to add to the group.

Le groupe qui entend se faire représenter par M. Pawar s'est, de toute évidence, constitué à partir de diverses sources, dont la communauté indienne de M. Pawar et un centre communautaire local de personnes du troisième âge. Son organisation va chercher aussi dans divers organismes, associations et organisations communautaires à Vancouver, Edmonton et Calgary, et a récemment fait paraître des annonces pour rechercher des individus à ajouter au groupe.

6 Included in the material is an authorization signed by some two hundred and fifty people who wish Mr. Pawar to represent them: see Mr. Pawar's affidavit filed by Court order of September 5, 1996.

Le dossier renferme une autorisation signée par quelque 250 personnes qui veulent se faire représenter par M. Pawar (voir l'affidavit de celui-ci, déposé sur ordre de la Cour du 5 septembre 1996).

STRIKING OUT: GENERAL PRINCIPLES

PRINCIPES GÉNÉRAUX EN MATIÈRE DE RADIATION

7 The test I must apply in striking out a pleading is that set out by Madam Justice Wilson in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980:

Le critère à appliquer en matière de radiation de plaidoirie a été défini par M^{me} le juge Wilson dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980:

Most recently, in *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, I made clear at p. 280 that it was my view that the test set out in *Inuit Tapirisat* was the correct test. The test remained whether the outcome of the case was "plain and obvious" or "beyond reasonable doubt".

Plus récemment, dans l'arrêt *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279, j'ai expliqué clairement, à la p. 280, que j'estimais que le critère formulé dans l'arrêt *Inuit Tapirisat* était le bon critère. Le critère est toujours de savoir si l'issue de l'affaire est «évidente et manifeste» ou «au-delà de tout doute raisonnable».

Thus, the test in Canada . . . assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect . . . should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out . . .

Ainsi, au Canada, le critère . . . dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d'un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental . . . que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées . . .

Madam Justice Wilson was dealing with a rule for striking out an action contained in the British Columbia *Rules of Court* [B.C. Reg. 310/76], which

Dans la cause susmentionnée, M^{me} le juge Wilson était appelée à se prononcer sur une requête en radiation fondée sur une règle contenue dans les

is similar to our Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. In short, the test I must apply is whether it is plain and obvious, or phrased another way, beyond a reasonable doubt, that the class action cannot succeed.

Rules of Court [B.C. Reg. 310/76] de la Colombie-Britannique, qui est semblable à notre Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. En bref, le critère que je dois appliquer est de savoir s'il est évident et manifeste ou, en d'autres termes, indubitable que le recours collectif n'aboutira pas.

8 In the present instance, the defendant says, among other things, that the plaintiff has failed to identify the members and number of the proposed class, that he has failed to identify the common interest and grievance of the members of the class and that the plaintiff does not have standing to pursue a class action on his own. The plaintiff relies upon paragraphs 419(1)(c), (d), and (f) of the *Federal Court Rules*, which provide that an action may be struck out if it is either scandalous, frivolous or vexatious, or if it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, or is otherwise an abuse of process.

8 En l'espèce, la défenderesse soutient notamment que le demandeur n'a donné ni l'identité ni le nombre des membres de la soi-disant catégorie, qu'il n'a identifié ni leur intérêt commun ni leur chef de plainte commun, et qu'il n'a pas qualité pour intenter de son propre chef un recours collectif. La défenderesse invoque les alinéas 419(1)c), d) et f) des *Règles de la Cour fédérale*, aux termes desquelles une plaidoirie peut être radiée si elle est scandaleuse, futile ou vexatoire, si elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ou si elle constitue par ailleurs un abus des procédures.

9 The test for striking out an action, on the basis that it is frivolous, under paragraph 419(1)(c) of the Rules, is at least as stringent as that under paragraph 419(1)(a). Indeed, "The Court will not stop a proceeding and deny a plaintiff the right to have a case heard unless it is clear that the action is frivolous or vexatious . . . and that to permit the action to proceed is an abuse of its process": *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.), at page 259.

9 Le critère de la radiation de plaidoirie pour cause de frivolité, en application de l'alinéa 419(1)c) des Règles, est moins rigoureux que celui applicable à la radiation en vertu de l'alinéa 419(1)a). En effet, «La Cour ne mettra pas fin à une procédure et ne privera pas un demandeur du droit de faire entendre sa cause à moins qu'il ne soit clair que l'action est futile ou vexatoire . . . et que permettre à l'action de suivre son cours constitue un emploi abusif des procédures» (*Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257, (1^{er} inst.) à la page 259).

10 A vexatious or frivolous action is one in which the claimant can present no rational argument based upon the evidence or law, in support of the claim, an action without reasonable cause, which will not lead to a practical result. The test I should apply was set out by Mr. Justice Pratte in *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732 (T.D.), at page 736:

10 Il y a action vexatoire ou futile lorsque le demandeur ne peut présenter aucun argument rationnel fondé sur les faits articulés ou les règles de droit à l'appui de ses prétentions, et action dénuée de cause raisonnable lorsque la procédure n'aboutira à aucun résultat pratique. Le critère que je dois observer a été défini par le juge Pratte dans *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732 (1^{re} inst.), à la page 736:

(3) Finally, in my view, a statement of claim should not be ordered to be struck out on the ground that it is vexatious, frivolous or an abuse of the process of the Court, for the sole reason that in the opinion of the presiding judge, plaintiff's action should be dismissed. In my opin-

(3) Enfin, une déclaration ne doit pas, à mon avis, être radiée pour le motif qu'elle est vexatoire ou futile, ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, pour la seule raison que, de l'avis du juge qui préside l'audience, l'action du demandeur devrait être

ion, a presiding judge should not make such an order unless it be obvious that the plaintiff's action is so clearly futile that it has not the slightest chance of succeeding, whoever the judge may be before whom the case could be tried. It is only in such a situation that the plaintiff should be deprived of the opportunity of having "his day in Court".

- 11 The principal portion of paragraph 419(1)(d) of the Rules upon which the defendant might rely is that of delay of a fair trial, for the plaintiff does not raise prejudicial matters or plead so as to embarrass; indeed, the statement of claim sets out the plaintiff's claim in a neat fashion. The onus, to have the claim struck out under this heading, is again a difficult onus. However, the duty to exercise a discretion to strike out under this Rule is one that I must utilize in a fit case "and a fit case will be that which fulfils the definition of the rule, and in which there are no other circumstances which make it inappropriate, and inconvenient, or unjust to apply the power": Lord Justice Bowen in *Knowles v. Roberts* (1888), 38 Ch. D. 263 (C.A.), at page 271. Among the circumstances I must keep in mind are that a representative action may be more involved, but that is the nature of a representative action: it is preferable to a plethora of similar proceedings. I must also consider the economics of litigation: litigation today is a luxury for one person, but may become feasible when individuals join together in a class or representative proceeding. Yet another consideration is the balance of convenience and judicial economy: a class action may be an appropriate vehicle by which to resolve a common issue at a reasonable cost to the public who pay the lion's share of the cost of the justice system. Finally, while on the one hand the defendant submits one proceeding ought to be enough to establish a precedent, on the other hand such might be said about all class actions and further, the individuals involved in a class proceeding likely each feel it is their right to have their day in court, even if only by proxy.

- 12 An action that is clearly frivolous, vexatious or contrary to good faith, or one that is pleaded in such a manner that the Court may not properly regulate

rejetée. Je suis d'avis que le juge qui préside ne doit pas rendre une pareille ordonnance à moins qu'il ne soit évident que l'action du demandeur est tellement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l'affaire sera plaidée au fond. C'est uniquement dans ce cas qu'il y a lieu d'enlever au demandeur l'occasion de plaider.

- 11 Le principal moyen prévu à l'alinéa 419(1)d) des Règles que la défenderesse puisse faire valoir est le retard dans l'instruction équitable de l'action, puisque le demandeur ne cherche ni à compromettre ni à gêner la procédure; de fait, sa déclaration définit parfaitement ses prétentions. La norme de preuve à observer pour la radiation sous ce chef est rigoureuse. Cependant, je suis tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de radiation sous le régime de cette Règle lorsque le cas s'y prête, [TRADUCTION] «et le cas qui s'y prête est celui qui s'accorde avec la définition de la règle, et où il n'y a aucune autre circonstance qui ferait que l'exercice de ce pouvoir soit déplacé, inopportun ou injuste» (le lord juge Bowen dans *Knowles v. Roberts* (1888), 38 Ch. D. 263 (C.A.), à la page 271). Parmi les facteurs dont je dois tenir compte, il y a le fait qu'un recours collectif peut être plus compliqué, mais telle en est la nature: il est préférable à une profusion de procédures portant sur le même point litigieux. Je dois aussi prendre en considération le facteur économique: de nos jours, un procès est un luxe pour un seul individu, mais il est plus abordable quand plusieurs personnes se regroupent pour intenter une action catégorielle ou un recours collectif. Un autre facteur est la balance des préjudices éventuels de part et d'autre et les ressources judiciaires: l'action catégorielle peut être le moyen indiqué pour résoudre un litige commun à un coût raisonnable pour le public qui supporte le gros des frais du système judiciaire. Enfin, à l'argument de la défenderesse qu'une seule action doit suffire pour établir un précédent, on pourrait répondre qu'il en serait de même de tous les recours collectifs et d'ailleurs, les individus représentés doivent sentir chacun qu'ils ont le droit de se faire entendre, ne serait-ce que par personne interposée.

- 12 Une action qui est clairement futile, vexatoire ou de mauvaise foi, ou une action qui est plaidée de telle manière que la Cour ne soit plus en mesure de

the proceedings, or an action in which there are allegations without factual information to sustain them, may be struck out as an abuse of the process of the Court, for the Court has the jurisdiction to protect itself from the abuse of its process. The defendant says the class action proceeding is an abuse of process.

régler proprement la procédure, ou une action qui ne soit fondée sur aucune articulation de faits, peut être radiée pour cause d'emploi abusif des procédures, puisque la Cour a compétence pour s'en protéger. La défenderesse soutient que le recours collectif en l'espèce constitue un emploi abusif des procédures.

- 13 In the case of abuse of process, the test to strike out a statement of claim under paragraph 419(1)(f) of the Rules is as stringent as the test under paragraph 419(1)(a), if not more so: *Micromar International Inc. v. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79 (F.C.T.D.). I now turn to some basic principles governing class actions.

En cas d'emploi abusif des procédures, le critère applicable à la radiation de la déclaration sous le régime de l'alinéa 419(1)f) des Règles est tout aussi, sinon plus, rigoureux que celui de l'alinéa 419(1)a): *v. Micromar International Inc. c. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.). J'en viens maintenant aux principes généraux régissant les recours collectifs.

CLASS ACTION: GENERAL PRINCIPLES

PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES AUX RECOURS COLLECTIFS

Rule 1711 and its Application

La Règle 1711 et son application

- 14 Our class action provisions, contained in *Federal Court Rules*, Rule 1711, apply to both class and representative actions: *Logan et al. v. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (F.C.T.D.). I will set out only the first section of the Rule:

Les dispositions, relatives aux recours collectifs, de la Règle 1711 des *Règles de la Cour fédérale* s'appliquent à la fois aux recours collectifs et aux actions catégorielles: *v. Logan et al. c. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (C.F. 1^{re} inst.). Voici le premier paragraphe de cette Règle:

Rule 1711. (1) Where numerous persons have the same interest in any proceeding, the proceeding may be begun, and, unless the Court otherwise orders, continued, by or against any one or more of them representing all or as representing all except one or more of them.

Règle 1711. (1) Lorsque plusieurs personnes ont le même intérêt dans une procédure, la procédure peut être engagée et, sauf ordre contraire de la Cour, être poursuivie par ou contre l'une ou plusieurs d'entre elles en tant que représentant toutes ces personnes ou en tant que les représentant toutes à l'exception d'une d'entre elles ou plus.

The intent of a representative action under this Rule is that all persons with the same interest be bound in one action and by one judgment. In *John v. Rees*, [1970] Ch. 345, Mr. Justice Megarry, who subsequently for many years was Vice-Chancellor of the Court, considered the English Order 15, rule 12 [*Rules of the Supreme Court 1965* (U.K.), S.I. 1965/1776], which is nearly identical to our Rule 1711. He cited *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.), at page 8 in which Lord MacNaghten referred to the Chancery form of the rule which later became Order 15, rule 12, pointing out that it was a rule of convenience, a rule of which one ought to

La Règle ci-dessus vise à faire en sorte que toutes les personnes ayant le même intérêt soient liées par une même action et par un même jugement. Dans *John v. Rees*, [1970] Ch. 345, le juge Megarry, qui devait être par la suite le vice-chancelier de la Cour pendant de nombreuses années, avait à se prononcer sur l'application de la règle 12 de l'Ordonnance 15 d'Angleterre [*Rules of the Supreme Court 1965* (R.-U.), S.I. 1965/1776], qui est presque identique à notre Règle 1711. Il a cité *Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.), à la page 8, où lord MacNaghten évoquait la règle en *equity* qui devait devenir la règle 12 de l'Ordonnance 15, en souli-

take a broad and liberal view and that if it were not possible to make everybody interested a party, the plaintiff must bring in enough claimants so the matter might be fairly and honestly tried. Mr. Justice Megarry then went on to say "This seems to me to make it plain that the rule is to be treated as being not a rigid matter of principle but a flexible tool of convenience in the administration of justice" (page 370).

Elements Basic to a Class Action

15 This is a convenient place at which to refer to the basic elements for a class proceeding as set out in the *Duke of Bedford's* case (*supra*) which involved a predecessor rule to Order 15, rule 12 and thus also a predecessor to our Rule 1711. First, the parties must have the same interest in the action; second, the grievance must be common; and third, the relief must be beneficial to all. These principles appear in and are discussed in many of the modern decisions, see for example *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, to which I will refer later.

16 Still dealing with basic elements, the B.C. Court of Appeal, in *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 referred [at page 413] to three subissues arising out of Rule 5(11) of the B.C. *Rules of Court*, which is nearly identical to our Rule 1711. These three issues are:

1. Is the purported class capable of clear and definite definition?
2. Are all the principal issues of fact and law essentially the same as regard all members of the class? and
3. Assuming liability, is there a single measure of damages applicable to all members?

In the present instance the defendant has selected some of these basic elements and issues and submits it is plain and obvious and beyond reasonable doubt

gnant qu'il s'agissait là d'une règle pragmatique, dont on devait donner une interprétation large et libérale et que s'il n'était pas possible de faire de tout intéressé une partie à l'instance, le demandeur devait en amener suffisamment pour que le litige pût être jugé de façon équitable et honnête. Et de conclure: [TRADUCTION] «Il m'apparaît évident qu'il ne faut pas voir dans cette règle un principe rigide, mais un outil pratique et flexible dans l'administration de la justice» (page 370).

Les éléments fondamentaux du recours collectif

15 Il convient de passer en revue les éléments fondamentaux du recours collectif, tels que les a évoqués la jurisprudence *Duke of Bedford, supra*, où était en jeu la règle qui préfigurait la règle 12 de l'Ordonnance 15, donc notre Règle 1711. En premier lieu, les parties doivent avoir le même intérêt dans l'action; en deuxième lieu, elles doivent partager le même chef de plainte; enfin, la réparation doit profiter à tous les membres du groupe. Ces principes ont été évoqués dans nombre de décisions contemporaines, par exemple *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72, sur laquelle je reviendrai plus loin.

16 Sur le même point, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 [à la page 413], a évoqué trois questions secondaires découlant de la Règle 5(11) des *Rules of Court* de la C.-B., qui est presque identique à notre Règle 1711. Voici ces trois questions:

[TRADUCTION]

1. La catégorie en question est-elle susceptible de définition claire et ferme?
2. Toutes les questions principales de fait et de droit sont-elles les mêmes à l'égard de tous les membres de la catégorie? et
3. À supposer que la responsabilité civile soit établie, y a-t-il une mesure unique de réparation applicable à tous les membres de la catégorie?

En l'espèce, la défenderesse s'est concentrée sur certains éléments et questions fondamentales pour soutenir qu'il est évident, manifeste et indubitable

that the plaintiff will fail by reason of leaving unsatisfied one or more of those basic elements and issues.

Some Relevant Case Law

- 17 The defendant submits that Rule 1711 does not adequately deal with class or representative actions and that I ought to, by way of Rule 5, the Gap Rule, look to the British Columbia *Class Proceedings Act*, S.B.C. 1995, c. 21, and particularly section 4 which sets out some of the tests which, if met, require a court to certify a proceeding as a class proceeding. I am not convinced this is necessary. I prefer to follow the lead of Mr. Justice Teitelbaum, in *Logan et al. v. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (F.C.T.D.), at page 50. He considered a number of cases in order to glean various principles. He also noted, “the **Federal Court Rules** do not really address the interests required to bring a representative action” and looked to various cases involving comparable or similar rules. There are many such cases.

- 18 Mr. Justice Denault of the Federal Court earlier considered a class action in *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.), at page 121, in which the class was composed of farmers who had borrowed from the Farm Credit Corporation and who were or may be in financial difficulty:

The plaintiffs’ statement of claim describes the proposed class of plaintiffs to this action as including all “farmers, borrowers from the F.C.C. who have been, are or may be in financial difficulty”.

For a matter to be appropriate for the institution of a class action, the persons in the class must have a common interest and a common grievance. Furthermore, the relief sought must in its nature be beneficial to all members of the class, or as it has sometimes been described, “if the plaintiffs win, all win” (*Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72; *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361 (C.A.); *Copeland v. Mr. Justice McDonald*, [1978] 2 F.C. 815 (T.D.)).

que le demandeur succombera faute d’avoir établi un ou plusieurs de ces éléments et questions fondamentales.

La jurisprudence pertinente

- 17 La défenderesse soutient que la Règle 1711 ne permet pas de traiter convenablement les recours collectifs ou les actions catégorielles et que je dois, en vertu de la Règle 5, la soi-disant règle des lacunes, me référer à la *Class Proceedings Act*, S.B.C. 1995, ch. 21 de la Colombie-Britannique, dont l’article 4 définit les conditions qui, une fois remplies, obligent la juridiction saisie à certifier qu’une action est un recours collectif. Je ne pense pas que cela soit nécessaire. Je préfère suivre la voie tracée par le juge Teitelbaum dans *Logan et al. c. Canada* (1994), 89 F.T.R. 37 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 50. Il a passé en revue un certain nombre de précédents pour en dégager divers principes. Notant que «les **Règles de la Cour fédérale** ne portent pas vraiment sur la question de l’intérêt nécessaire pour intenter un recours collectif», il a pris en considération divers précédents portant sur des règles comparables ou similaires. Il y en a un grand nombre.

- 18 Auparavant, le juge Denault de la Cour fédérale avait été saisi d’un recours collectif dans *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1^{re} inst.), à la page 121, dans lequel la catégorie était composé d’agriculteurs qui avaient emprunté de l’argent à la Société du crédit agricole et qui étaient ou pourraient être en difficulté financière:

Selon la déclaration des demandeurs, la catégorie proposée de demandeurs dans la présente action comprend tous [TRADUCTION] «les agriculteurs, les emprunteurs de la S.C.A. qui ont été, sont ou peuvent être en difficulté financière».

Pour qu’une question puisse faire l’objet d’un recours collectif, les personnes de la catégorie doivent avoir un intérêt et un grief communs. Par ailleurs, la réparation souhaitée doit, de par sa nature, être avantageuse pour tous les membres de la catégorie; comme on le dit parfois, [TRADUCTION] «si les demandeurs gagnent, tous gagnent» (*Bedford (Duke of) v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72; *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361 (C.A.); *Copeland c. Monsieur le juge McDonald*, [1978] 2 C.F. 815 (1^{re} inst.)).

Rule 1711 requires that the plaintiffs and those they seek to represent have the "same interest" in the proceedings. In the case of *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, the Supreme Court of Canada interpreted this term to mean that the plaintiffs must all have the same interest in the outcome of the judgment.

He went on to point out that a class action was not to enable the plaintiff to seek numerous types of relief to suit varying needs, but rather each plaintiff must have the same interest in the outcome and, at a minimum, the outcome must have a practical impact on each member of the class. This view is at least substantially the view of the Supreme Court of Canada in *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.* (*supra*).

19 In the *Naken* case the plaintiffs sued for themselves and for all other persons who had purchased a certain model of automobile. Mr. Justice Estey, at page 79, referred to the *Duke of Bedford's* case (*supra*), at page 8:

Given a common interest and a common grievance, a representative suit was in order if the relief sought was in its nature beneficial to all whom the plaintiff proposed to represent.

20 Mr. Justice Estey also dealt with variations in the entitlement of the claimant members of the class: he pointed out that differing entitlements were not a disqualification under the British Columbia Rule or under what was then Order 16, rule 9, of the English Rules, and which subsequently became Order 15, rule 12, which I have noted is nearly identical to our Rule 1711. For this proposition, that claims of different amounts are not a defect in a class action, he referred to *Shaw et al. v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, [1973] 4 W.W.R. 391 in which Mr. Justice Bull, of the B.C. Court of Appeal, summarized the case law as to interest. A slightly fuller quotation than used by Mr. Justice Estey, is as follows, at page 395:

It appears to me that the many passages uttered by judges of high authority over the years really boil down to a

La Règle 1711 exige que les demandeurs et ceux qu'ils visent à représenter aient le «même intérêt» dans les procédures. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72, la Cour suprême du Canada a jugé que cela veut dire que les demandeurs doivent tous avoir le même intérêt dans l'issue du jugement.

Il a ajouté qu'un recours collectif ne doit pas permettre au demandeur de conclure à un grand nombre de types de réparation pour satisfaire à différents besoins, mais que chaque demandeur doit avoir le même intérêt dans l'issue de la cause et qu'au minimum, cette issue doit avoir un effet pratique pour chacun des membres du groupe. Cette conclusion est, essentiellement du moins, celle qu'a tirée la Cour suprême du Canada dans *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, *supra*.

Dans l'affaire *Naken*, les demandeurs agissaient en leur nom propre et au nom de tous ceux qui avaient acheté un certain modèle d'automobile. En page 79, le juge Estey a cité l'arrêt *Duke of Bedford*, (*supra*) à la page 8:

[TRADUCTION] S'il y avait un intérêt commun et un sujet commun de plainte, il y avait lieu à recours collectif si le redressement demandé était par lui-même au bénéfice de tous ceux que le demandeur se proposait de représenter.

Le juge Estey a également examiné les variations dans les prétentions des demandeurs de la catégorie; à son avis, la multitude des prétentions n'était pas une cause d'irrecevabilité au regard de la Règle de procédure de la Colombie-Britannique ou de ce qui était à l'époque la règle 9 de l'Ordonnance 16 des Règles d'Angleterre et qui est devenue subséquemment la Règle 12 de l'Ordonnance 15, celle que je trouve presque identique à notre Règle 1711. À l'appui de la conclusion que la variété des sommes réclamées n'était pas une cause d'irrecevabilité du recours collectif, il a cité *Shaw et al. v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, [1973] 4 W.W.R. 391, où le juge Bull de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récapitulé les règles jurisprudentielles sur l'identité d'intérêt. On y trouve une citation légèrement plus étoffée que celle du juge Estey, à la page 395:

[TRADUCTION] Il m'apparaît que les nombreux passages cités par des juges éminents se réduisent en réalité au

simple proposition that a class action is appropriate where, if the plaintiff wins, the other persons he purports to represent win too, and if he, because of that success, becomes entitled to relief whether or not in a fund or property, the others also become likewise entitled to that relief, having regard, always, for different quantitative participations.

This reference to “different quantitative participations” is pertinent in the present instance.

21 Our Rule 1711 refers to persons having the same interest in the proceeding. This does not mean the claims need all be for the same amount, for the Rule is more flexible than that. In addition to the view of Mr. Justice Bull, in the *Shaw* case (*supra*), I would also refer to *Irish Rowan, The*, [1989] 2 Lloyd’s Rep. 144 (C.A.), in which representative defendants, each of whom would have owed a different amount, unsuccessfully sought to have the action against them stayed. Sir John Megaw, who wrote one of the three concurring judgments, conceded there might be instances in which disputes as to *quantum* of liability, by persons coming into the action by representation, might make the case unsuitable as a representative action, but that the Court could always exercise discretion and forbid the continuance of a representative action (page 156). Lord Justice Purchas, at page 158, in considering the requirement of a similar interest in the proceedings, raised an interesting rhetorical question as to whether or not the Court should approach the problem in a pragmatic manner:

Bearing in mind that the operation of O. 15, r. 12 takes place at an early stage in the development of proceedings, should the Court have in contemplation all possible, even hypothetical, circumstances when considering whether the proposed class of defendants or plaintiffs fulfils the criterion of having the same interest, or should the Court approach the problem in a more pragmatic manner?

From his reasons and the cases to which he refers, it is clear a court should approach the issue of whether the parties have the same interest in the proceedings in a practical way. Indeed it is the view of our Court of Appeal that the class action rule should not be construed in a strict and rigorous sense, but rather should be applied in a broad and permissive manner:

simple principe que le recours collectif est recevable si, au cas où le demandeur aurait gain de cause, les autres personnes qu’il dit représenter y gagnent aussi, et au cas où, en raison de ce succès, il aurait droit à une réparation que ce soit en espèces ou en nature, les autres ont droit aussi à cette réparation, compte tenu toujours des différentes parts quantitatives.

Cette mention des «différentes parts quantitatives» est pertinente en l’espèce.

21 Notre Règle 1711 vise les personnes qui ont le même intérêt dans la procédure. Cela ne signifie pas que la somme réclamée doive être la même pour chacune d’elles, car cette Règle est plus souple qu’il n’y paraît. Outre la conclusion tirée par le juge d’appel Bull dans *Shaw, supra*, il y a lieu aussi de se référer à la cause *Irish Rowan, The*, [1989] 2 Lloyd’s Rep. 144 (C.A.), où les défendeurs membres de la même catégorie, dont chacun eût été tenu au paiement d’une somme différente, ont cherché en vain à opposer une fin de non-recevoir à l’action. Sir John Megaw, qui prononçait l’un des jugements concordants, reconnaissait qu’il pouvait y avoir des cas où le désaccord entre les personnes représentées sur le *quantum* de la responsabilité pourrait exclure la possibilité du recours collectif, mais que la Cour pourrait toujours exercer son pouvoir discrétionnaire et interdire la poursuite d’un recours collectif (page 156). Le lord juge Purchas, à la page 158, examinant la question de l’identité d’intérêt dans la procédure, a soulevé l’intéressante question rhétorique de savoir si la Cour ne devait pas envisager le problème de façon pragmatique:

[TRADUCTION] La règle 12 de l’Ordonnance 15 intervenant dès les débuts de la procédure, la Cour doit-elle prendre en considération toutes les circonstances possibles, y compris les cas de figure, lorsqu’il s’agit de savoir si la catégorie de demandeurs ou de défendeurs remplit la condition de l’identité d’intérêt, ou doit-elle envisager le problème de façon plus pragmatique?

Il ressort des motifs de sa décision ainsi que des précédents cités que la Cour doit adopter une approche pragmatique pour décider si les parties ont le même intérêt dans la procédure. De fait, la Cour d’appel a jugé qu’il ne faut pas donner de la règle relative aux recours collectifs une interprétation stricte et rigide, mais large et libérale: v. *Gouverne-*

see *Government of Canada v. Perry et al.* (1981), 41 N.R. 91 (F.C.A.), at page 102.

ment du Canada c. Perry et autres (1981), 41 N.R. 91 (C.A.F.), à la page 102.

ANALYSIS

22 Before applying these general principles I will turn first to two matters raised by the defendant which, in my view, are preliminary matters. While conceding the pleadings disclose a cause of action, the defendant questions whether Mr. Pawar either has standing to bring the action or is an appropriate representative plaintiff to fairly and adequately represent the class.

Standing

23 The defendant, in setting out the grounds of Her motion, questions whether Mr. Pawar has the standing to bring an action challenging the *Old Age Security Act*. In argument counsel touched on the point. Mr. Pawar, who raises a serious issue, is directly affected by the legislation and takes the only reasonable and effective means of bringing the issue before the Court. As such he has standing: see for example *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607 and *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

Plaintiff's Ability to Represent the Class

24 The defendant submits the plaintiff has done a cursory job of initiating this action. The plaintiff presently speaks for some two hundred and fifty people whom he has located through various local organizations. This may well be a small sample of those who would fall into the proposed class. However, it is unreasonable to expect a proceeding such as Mr. Pawar's to begin full blown and with an exhaustive list of the class. Lord Justice Moulton of the Court of Appeal, pointed out in *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021, that the plaintiff, as a self-elected representative, need not obtain the consent of all whom he

ANALYSE

22 Avant d'appliquer ces principes généraux, j'examinerai tout d'abord deux questions soulevées par la défenderesse, et qui me paraissent des questions préalables. Tout en reconnaissant que le demandeur justifie d'une cause d'action, la défenderesse conteste que M. Pawar ait qualité pour agir ou soit un demandeur propre à représenter convenablement la catégorie en question.

Qualité pour agir

23 Par sa fin de non-recevoir, la défenderesse conteste que M. Pawar ait qualité pour intenter une action en contestation de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. C'est le point qu'a abordé son avocat durant les débats. M. Pawar, qui justifie d'une question sérieuse, est directement touché par cette Loi et prend le seul moyen raisonnable et concret de soumettre le problème à la Cour. À ce titre, il a qualité pour agir; voir par exemple *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 et *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Aptitude du demandeur à représenter la catégorie

24 La défenderesse soutient que le demandeur a intenté son action de façon plutôt cursive. Le demandeur parle actuellement au nom de quelque 250 personnes, qu'il a trouvées par l'intermédiaire de diverses organisations locales. Ce chiffre ne représente peut-être qu'un petit échantillon de personnes qui relèveraient de cette catégorie. Cependant, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une action comme celle de M. Pawar soit parfaite à son introduction avec une liste exhaustive de noms. Le lord juge Moulton de la Cour d'appel a souligné dans *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021, que le demandeur, qui s'est

purports to represent, even though they will be bound by an estoppel created by the outcome. This is still a valid proposition, notwithstanding that the same court, 80 years later, declined to completely follow the *Markt* case in *Irish Rowan* (*supra*).

nommé lui-même le représentant de la catégorie, n'a pas besoin d'obtenir le consentement de tous ceux qu'il prétend représenter, bien qu'ils soient liés par l'issue de la cause passée en force de chose jugée. Le principe vaut toujours, bien que la même cour, quelque 80 ans après, n'ait pas tout à fait suivi la jurisprudence *Markt* dans l'affaire *Irish Rowan*, *supra*.

25 Lord Justice Purchas, of the Court of Appeal, makes it clear in *Irish Rowan* (*supra*) that Order 15, rule 12, which is nearly identical to our subsection 1711(1) of the Rules, provides that the class involved in the action may not necessarily cover the whole of the class of persons having the same interest as that of the possible class. In the context of defendants he referred to a passage from the *Duke of Bedford's* case (*supra*), at pages 10-11:

As regards defendants, if you cannot make everybody interested a party, you must bring so many that it can be said they will fairly and honestly try the right.

Further, it is unnecessary, in a representative action, for the plaintiff to obtain the consent of other members of the class before commencing the action. This is so even if there are some members of the class who do not wish to be joined as plaintiffs: see *Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450 (T.D.), at pages 463-464. Of course it is necessary that there must be proper identification of the persons for whom the class action is taken: see for example *Mayrhofer v. Canada*, [1993] 2 F.C. 157 (T.D.), at page 177.

Le lord juge Purchas de la Cour d'appel fait observer dans *Irish Rowan*, *supra*, que la règle 12 de l'Ordonnance 15, qui est presque identique à notre paragraphe 1711(1) des Règles, prévoit que la catégorie prenant part à l'action ne recouvre pas nécessairement l'intégralité de la catégorie de personnes ayant le même intérêt. S'agissant de défendeurs, il cite le passage suivant de l'arrêt *Duke of Bedford*, *supra*, pages 10 et 11:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les défendeurs, s'il est impossible de faire de chaque intéressé une partie à l'instance, il faut en faire participer un si grand nombre qu'on peut dire qu'ils auront mis le droit à l'épreuve équitablement et honnêtement.

En outre, il n'est pas nécessaire, dans un recours collectif, que le demandeur obtienne le consentement des autres membres de la catégorie pour intenter l'action. C'est le cas même si certains membres de la catégorie ne tiennent pas à participer en qualité de demandeurs: voir *Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450 (1^{re} inst.), aux pages 463 et 464. Il est bien entendu nécessaire d'identifier convenablement les personnes au nom desquelles le recours collectif est intenté: voir par exemple *Mayrhofer c. Canada*, [1993] 2 C.F. 157 (1^{re} inst.), à la page 177.

26 Mr. Pawar has gone further afield than merely to obtain written authorization from two hundred and fifty people, in an effort to search for more of the class members. He has recently advertised to contact other members of his proposed class. Mr. Pawar has retained counsel. All of this seems a reasonable approach to date, for it is not necessary in a class action that the plaintiff obtain the consent of other members of the class before commencing the action. In addition, subsection 1711(2) of the Rules provides for an application for directions. There is

M. Pawar a fait davantage que de se contenter d'obtenir l'autorisation écrite de 250 personnes, en s'efforçant de trouver d'autres membres de la catégorie. Il a récemment fait paraître des annonces pour les contacter. Il a retenu les services d'un avocat. Tout cela semble être une approche raisonnable à cette date, car dans un recours collectif, il n'est pas nécessaire que le demandeur obtienne le consentement d'autres membres de la catégorie avant d'intenter l'action. En outre, le paragraphe 1711(2) des Règles prévoit la possibilité de demander des directi-

25

26

every indication Mr. Pawar would fairly and adequately represent the class. At this stage I am not prepared to strike out the action on the basis of some argued doubts as to Mr. Pawar's suitability as a plaintiff to represent others.

An Identifiable Class

27 The next substantial issue the defendant raises is whether the class, which counsel submits is an overly large class, is identifiable. As noted earlier it consists of Canadian citizens or permanent residents, who are 65 years of age, but who have not resided in Canada for the required ten consecutive years leading up to pensionability.

28 The size of a class is not a bar to a representative proceeding. In *Bendall v. McGhan Medical Corp.* (1993), 14 O.R. (3d) 734 (Gen. Div.) the plaintiffs successfully sought certification, as representatives of 150,000 persons, as a class proceeding. Indeed, a very large number of individuals would not realistically be able to have access to the judicial system other than through a class action.

29 There are many cases which touch on the identification of the class to be represented. At one end of the scale there have been intended class actions which proposed a nebulous or a vague class, for example, "those who suffer discrimination on the basis of race, and the number are known to the defendant", which was a class proposed in the *Mayrhofer* proceeding (*supra*). Mr. Justice Teitelbaum pointed out it was insufficient to simply identify the members as those who were discriminated against by reason of race and then to say those persons are known to the defendant. In the present instance the class is much more tightly defined. Granted, while the plaintiff does not say so, the defendant may be the only entity with records to show all who fall into this class. However that does not detract from the certain parameters of the class which the plaintiff has set. Further, that the class is

ves. Tout indique que M. Pawar représenterait équitablement et convenablement la catégorie en question. Je ne suis donc pas disposé à radier l'action en cet état de la cause, sur la base de certains doutes exprimés au sujet de son aptitude à titre de demandeur à représenter d'autres personnes.

Une catégorie identifiable

27 La deuxième exception soulevée par la défenderesse porte sur la question de savoir si la catégorie en question qui, selon son avocat, est une catégorie excessivement large, est identifiable. Comme noté *supra*, elle est composée de citoyens ou de résidents permanents du Canada, âgés de 65 ans révolus, mais qui n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises pour l'admissibilité à la pension.

28 L'importance numérique de la catégorie n'est pas un facteur déterminant du recours collectif. Dans *Bendall v. McGhan Medical Corp.* (1993), 14 O.R. (3d) 734 (Div. gén.), les demandeurs se sont vu reconnaître la qualité de représentants de 150 000 personnes dans un recours collectif. En effet, un très grand nombre d'individus n'auraient pas, dans les faits, accès à la justice autrement que par voie de recours collectif.

29 L'identification de la catégorie envisagée a fait l'objet de nombre de décisions de justice. À une extrémité de l'échelle, il y a les soi-disant recours collectifs qui prétendent représenter une catégorie vague ou nébuleuse, par exemple «ceux qui ont été victimes de discrimination du fait de leur race et la défenderesse en connaît le nombre», qui est la catégorie mise de l'avant dans l'affaire *Mayrhofer*, *supra*. Le juge Teitelbaum a fait observer qu'il ne suffit pas d'identifier simplement les membres comme étant ceux qui ont été victimes de discrimination raciale et de dire que la défenderesse en connaît le nombre. En l'espèce, la catégorie est bien plus circonscrite. Bien que le demandeur ne l'ait pas dit, il est vrai que la défenderesse est peut-être la seule à avoir les registres pour montrer qui relève de cette catégorie. Cette réserve ne diminue cependant en rien certains paramètres de la catégorie que le

a very large one does not detract from its identification.

demandeur a relevés. Qui plus est, l'ampleur de la catégorie n'en empêche pas l'identification.

30 At the other end of the scale are cases such as *Alberta Pork Producers Marketing Board v. Swift Canadian Co.* (1981), 33 A.R. 541 (Q.B.), in which the class was tightly delineated as being hog producers who by reason of a tortious conspiracy by the defendants received an artificially contrived low price. The class consisted of persons engaged in the same enterprise and who had sold under the same conditions.

À l'autre extrémité de l'échelle, il y a des causes comme *Alberta Pork Producers Marketing Board v. Swift Canadian Co.* (1981), 33 A.R. 541 (B.R.), où la catégorie est limitée aux producteurs de porcs qui, par suite d'un complot tortueux ourdi par les défendeurs, ont reçu un prix artificiellement déprimé. Cette catégorie était composée de personnes se livrant à la même entreprise et qui avaient vendu dans les mêmes conditions.

31 The Supreme Court of Canada had to deal with the identity of the group in the *Naken* case (*supra*) in which the class action was to be by a group of persons with reference to ownership of an identifiable property, a Firenza vehicle owned by each at the commencement of action. The Court felt the identification required some further determinative process as there was a difference between the type of proceedings which Ms. Naken wished to bring and, for example, a simple shareholder type proceeding in which the class might be easily and unambiguously defined. In the present instance the class proposed by Mr. Pawar, if it falls somewhere between, is certainly closer to the shareholder example, for it is unambiguous in the sense that an individual's date of arrival in Canada, the individual's status and the individual's age are all part of easily accessible records. There should be no difficulty with any of this, particularly in that the plaintiff appears to be taking steps to bring in more of the class. Further, the plaintiff quite correctly points out that much of the information needed to define the class is clearly in the hands of the defendant.

La Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur l'identité du groupe dans *Naken, supra*, où le recours collectif émanait d'un groupe de personnes propriétaires d'un bien identifiable, une voiture de modèle Firenza dont chacune d'elles était propriétaire à la date de l'introduction de l'action. La Cour a conclu que l'identification appelait un processus de détermination plus poussé puisqu'il y avait une différence entre le type d'action que M^{me} Naken voulait tenter et, par exemple, le type d'action intentée par des actionnaires, où la catégorie pourrait être définie simplement et sans ambiguïté. La catégorie envisagée en l'espèce par M. Pawar, si elle tombe quelque part entre les deux extrémités, est certainement plus proche du type d'action des actionnaires, car elle est dénuée d'ambiguïté en ce que la date d'arrivée d'un individu au Canada, son statut et son âge sont tous des données facilement accessibles. Il ne devrait en découler aucune difficulté, particulièrement parce que le demandeur paraît prendre les dispositions nécessaires pour faire intervenir davantage de membres du groupe. En outre, il fait observer à juste titre que le gros des informations nécessaires pour définir la catégorie se trouve clairement entre les mains de la défenderesse.

32 At this point I am not prepared to say it is plain and obvious, or beyond doubt, that the action cannot succeed because the class cannot be properly defined and identified.

Je ne saurais donc dire en cet état de la cause qu'il est évident et manifeste, ou indubitable, que l'action ne peut aboutir parce que la catégorie ne peut être convenablement définie ou identifiée.

Common Grievance

Sujet de plainte commun

33 The defendant next submits the grievance or interest is not the same for all: for any given claim-

La défenderesse soutient encore que le sujet de plainte ou l'intérêt n'est pas le même pour tous: à

ant the defendant may well have a different defence. In *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361 the Federal Court of Appeal decided that a proposed proceeding by grain producers, containing many variables, including additional quotas and the ability of each producer to fill their quota, would depend too much on the circumstances of each individual, would give rise to the possibility of different defences and was thus not suitable for a class action. In the present instance, once a person qualified for the class, by reason of age, citizenship or permanent residency and a shortfall in qualifying time as a resident, it is difficult to see how real different defences might arise.

34 The defendant, in this context, also raises the possibility of statute of limitation defences and refers to the *Naken* case, at page 104 and following. There, Mr. Justice Estey, in the course of striking out the action eight years after its inception, mused on the possible predicament of members of the class who might, unless a court were to find the running of the limitation statute had been suspended by the class proceeding, as have American courts (for example see *American Pipe & Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974), a decision of the American Supreme Court) find themselves statute barred. This might be a possible outcome in any action, but it is a chance those whom the plaintiff represents take, not a reason to strike out under Rule 419. But the defendant also refers to limitation as a defence. There are two answers to this proposition. First, a plea of limitation is not sufficient grounds on which to strike out a statement of claim: see for example *Karlsson (R.) v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 282 (F.C.T.D.), at page 283 and also the additional cases referred to in *BMG Music Canada Inc. v. Vogiatzakis* (1996), 67 C.P.R. (3d) 27 (F.C.T.D.), at page 33 and following. Second, any limitations which might apply, in this instance, appear quite mechanical and may be dealt with by the trial judge in further delineating the class, if that becomes necessary.

l'égard de l'un quelconque des demandeurs, elle pourrait peut-être opposer un moyen de défense différent. Dans *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361, la Cour d'appel fédérale a jugé que l'action envisagée par des producteurs de céréales, qui renfermait un grand nombre de variables, y compris les quotas complémentaires et l'aptitude de chaque producteur à atteindre son quota, dépendrait trop des circonstances de chaque individu, donnerait lieu à la possibilité de différents moyens de défense et ne conviendrait donc pas à titre de recours collectif. En l'espèce, une fois une personne qualifiée pour l'inclusion dans la catégorie, en raison de son âge, de sa citoyenneté ou de son statut de résident permanent, et de l'insuffisance de la durée de résidence au regard de la loi, il est difficile de voir comment il pourrait vraiment y avoir différents moyens de défense.

Dans ce contexte, la défenderesse fait valoir aussi la prescription légale, s'appuyant sur le précédent *Naken*, aux pages 104 et suivantes. Dans cette affaire, le juge Estey, en radiant une action huit ans après son introduction, s'est interrogé sur le préjudice que pourraient subir les membres de la catégorie si leur recours devait être déclaré irrecevable pour cause de prescription légale, à moins qu'il ne soit jugé que le délai de prescription a été suspendu par le recours collectif ainsi que l'ont fait les tribunaux américains (voir par exemple *American Pipe & Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974), décision de la Cour suprême des États-Unis). C'est là une issue possible de toute action, mais cette issue est un risque qu'acceptent ceux représentés par le demandeur, non pas un motif de radiation sous le régime de la Règle 419. Il se trouve cependant que la défenderesse invoque aussi la prescription légale à titre de moyen de défense. Il y a deux réponses à cet argument. En premier lieu, l'exception de prescription légale ne constitue pas un motif suffisant pour radier une déclaration: voir par exemple *Karlsson (R.) c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 282 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 283, et aussi la jurisprudence citée dans *BMG Music Canada Inc. c. Vogiatzakis* (1996), 67 C.P.R. (3d) 27 (C.F. 1^{re} inst.), pages 33 et suivantes. En second lieu, toute prescription qui pourrait opérer en l'espèce s'avère fort mécanique et pourrait faire

35 It is not plain and obvious, or beyond a reasonable doubt, that the class action portions of the statement of claim cannot succeed by reason of lack of a common grievance or interest or defences particular to only some of the class.

Suitability as a Class Proceeding

36 Under this subheading I will deal with various submissions made by the defendant. To begin, the defendant submits that should Mr. Pawar succeed in obtaining his declaration and damages there would be no need for a class action, for everyone who could bring themselves within whatever principle Mr. Pawar was able to establish might also successfully apply for a pension. I have already touched on one reason why this argument is invalid: many people are not able to have access to the judicial system except by way of a class action, for the expense of litigation by individuals is, today, prohibitive: a class action shares that cost burden. A second answer is that should Mr. Pawar not succeed, the result does not necessarily mean that others in the same class might not try different arguments in subsequent proceedings, resulting in many actions, at substantial costs to the litigants and to the public, which is something a class action seeks to avoid.

37 Next the defendant submits that such a broad class of persons as might come within the class parameters proposed by Mr. Pawar would present difficulties when it came to awarding damages. I have already touched on this aspect in discussing general principles applying to class actions and particularity as to the comments of Mr. Justice Estey in the *Naken* case (*supra*) and the Court of Appeal's views in *Irish Rowan* (*supra*). In the present instance damages would become very much a matter of applying a formula of so many years pension eligibility, which could take into account, if necessary, any applicable limitation dates.

l'objet d'une décision du juge du fond lorsqu'il délimite davantage la catégorie au besoin.

Il n'est pas évident et manifeste, ou indubitable, que les parties de la déclaration portant recours collectif ne peuvent aboutir faute de sujet de plainte ou d'intérêt commun ou pour cause de moyens de défense applicables seulement à certains membres de la catégorie. 35

Convenance à titre de recours collectif

J'examinerai les divers arguments proposés par la défenderesse à cet égard. Pour commencer, elle soutient qu'au cas où M. Pawar se verrait accorder un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts, le recours collectif ne serait d'aucune utilité, puisque tous ceux qui invoquent le principe qu'il serait en mesure de faire valoir pourraient aussi obtenir une pension sur demande. J'ai déjà relevé une raison pour laquelle cet argument n'est pas valide: nombre de personnes n'ont pas accès à la justice sauf par voie de recours collectif, car les frais de contentieux à supporter par les individus sont de nos jours prohibitifs: un recours collectif permet de partager ce fardeau. La seconde réponse est qu'au cas où M. Pawar succomberait, ce résultat ne signifiera pas nécessairement que les autres appartenant à la même catégorie ne pourraient pas proposer d'autres arguments au cours de procédures subséquentes, avec pour résultat une profusion d'actions, occasionnant des frais considérables aux plaideurs comme au public, ce qu'un recours collectif vise à prévenir. 36

La défenderesse soutient encore qu'une catégorie aussi large de personnes qui participeraient des paramètres de catégorie proposés par M. Pawar créerait des difficultés au cas où la réparation serait accordée. J'ai déjà examiné ce facteur dans l'analyse des principes généraux applicables aux recours collectifs, en particulier au regard de la conclusion tirée par le juge Estey dans *Naken*, *supra*, et l'avis exprimé par la Cour d'appel dans *Irish Rowan*, *supra*. En l'espèce, le calcul des dommages-intérêts consisterait surtout à appliquer une formule portant sur tant ou tant d'années d'admissibilité à la pension, et qui prendrait en compte, au besoin, tout délai de prescription. 37

38 The defendant submits the class proceeding aspect of the statement of claim ought to be struck out for there is no economy in this approach as compared with an action by Mr. Pawar alone. This may to an extent be so for a class action, by itself, will be more costly. However there may also be a saving in avoiding similar actions by others. Also a representative proceeding and this is an important point, increases the access to the court, in the case of an action which may well be fairly complex, at very little additional cost. These submissions, individually or collectively, fail to convince me that it is plain and obvious that the action, as a representative action, cannot succeed, or even that it is so unsuitable as a representative proceeding that it ought not reasonably be allowed to continue as such.

CONCLUSION

39 The defendant has not convinced me that it is plain and obvious that the representative aspects of Mr. Pawar's action cannot succeed because those aspects do not fit into an accepted framework for a representative proceeding. To the contrary, the class proposed by Mr. Pawar is not difficult to define. As defined it is a class that has the same interest, a pension for a Canadian citizen or resident of Canada at 65 years of age, regardless of the place of residence over the ten years leading up to pensionability. The class has a grievance in common, with similar issues of law and fact for all of the class and with no apparent different defences which might apply to a given individual. If Mr. Pawar were to succeed and his is not an easy or a straightforward action, all will succeed and their measures of damages should be a formula and bookkeeping exercise.

40 This outcome is not in any way a reflection on the work done and presentation by counsel, both of whom argued their client's position well. Rather it is a result of two factors. First, there is the very high onus on a party seeking to strike out an order under Rule 419. Second, the case law makes clear a repre-

38 La défenderesse soutient que le recours collectif contenu dans la déclaration doit être radié en ce qu'il ne représente aucune économie par rapport à une action intentée par M. Pawar à titre individuel. Il se peut qu'il en soit ainsi dans une certaine mesure, car un recours collectif sera en soi plus coûteux. Cependant l'économie pourra tenir à ce qu'il permet d'éviter des actions semblables de la part d'autres. En outre, et ce qui est fort important, un recours collectif facilite l'accès à la Cour avec un surcroît minime de frais, dans le contexte d'une affaire qui pourrait être fort complexe. Ces arguments, individuellement et collectivement, ne me persuadent pas qu'il est évident et manifeste que cette action, en tant que recours collectif, ne peut aboutir, ou même qu'elle convient si mal à titre de recours collectif qu'il ne faut pas en permettre la poursuite à ce titre.

CONCLUSION

39 La défenderesse ne m'a pas convaincu qu'il est évident et manifeste que le recours collectif contenu dans l'action de M. Pawar ne peut aboutir du fait que ses éléments ne rentrent dans le cadre reconnu du recours collectif. Au contraire, la catégorie que M. Pawar dit représenter n'est pas difficile à définir. Telle qu'elle est définie, ceux qui en font partie ont le même intérêt, savoir la pension revenant au citoyen ou résident permanent du Canada, âgé de 65 ans révolus, sans avoir égard au lieu de résidence durant les dix années qui précèdent l'admissibilité à la pension. Cette catégorie a le même sujet de plainte, justifie des mêmes questions de droit et de fait pour la catégorie tout entière, et sans qu'il puisse y avoir des moyens de défense différents à opposer à l'un quelconque d'entre eux. Au cas où M. Pawar aurait gain de cause, et son action n'est ni facile ni simple, tous auront gain de cause et la réparation qui pourrait être accordée sera simple affaire d'application de formule et de comptabilité.

40 Ce résultat ne dénigre en aucune façon le travail fait ou la plaidoirie présentée par les avocats, qui ont défendu avec éloquence la position de leurs clients respectifs. Il tient plutôt à deux facteurs. En premier lieu, la charge de la preuve est lourde qui incombe à la partie cherchant à faire radier une plaidoirie sous

sentative proceeding, under our class proceeding rule, should be approached from a practical point of view, for to borrow a phrase from Mr. Justice Megarry in *John v. Rees* (*supra*) the rule is “not a rigid matter of principle but a flexible tool of convenience in the administration of justice”.

le régime de la Règle 419. En second lieu, la jurisprudence pose qu’il faut considérer le recours collectif d’un point de vue pragmatique, car, pour reprendre la conclusion tirée par le juge Megarry dans *John v. Rees, supra*, la règle applicable n’est pas [TRADUCTION] «un principe rigide, mais un outil pratique et flexible dans l’administration de la justice».

A-565-96

The Attorney General of Canada (*Appellant*)
(*Defendant*)

v.

Karlheinz Schreiber (*Respondent*) (*Plaintiff*)

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

Court of Appeal, Stone and Linden, J.J.A., Henry D.J.—Vancouver, October 8, 1996; Ottawa, March 12, 1997.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search and seizure — Letter of request — Canadian standard for issuance of search warrant to be satisfied before submitting letter of request asking Swiss authorities to search for, seize Canadian citizen's banking records — Charter protection for Canadians same whether search undertaken here or abroad — Right to be secure against unreasonable search or seizure justifying requirement of prior authorization.

Criminal justice — Letter of request — Canadian standard for issuance of search warrant to be satisfied before submitting letter of request asking Swiss authorities to search for, seize Canadian citizen's banking records — As information may be used for criminal prosecution in Canada, plaintiff entitled to benefit of Charter, s. 8 right to be secure against unreasonable search, seizure — Prior authorization ensuring impartiality in balancing individual's reasonable expectation of privacy against government's interest in law enforcement.

International law — In context of criminal investigation of kickbacks allegedly received by respondent, high-level politicians, Minister of Justice sending letter of request to Swiss authorities asking search, seizure of banking records — Under Swiss law, Swiss authorities seizing records — Applicability of Charter, s. 8 — A.G. arguing Charter lacking extraterritorial effect — Letters of request recognized method of cooperation between states in absence of mutual assistance treaty — Governing principles silent as to internal standards of requesting state — Where letter of request sent to friendly state, reasonable

A-565-96

Le procureur général du Canada (*appelant*) (*défendeur*)

c.

Karlheinz Schreiber (*intimé*) (*demandeur*)

RÉPERTORIÉ: SCHREIBER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone et Linden, J.C.A., juge suppléant Henry—Vancouver, 8 octobre 1996; Ottawa, 12 mars 1997.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions et saisies — Lettre de demande — La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition doit être respectée avant que l'on puisse présenter aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires d'un citoyen canadien — La protection garantie par la Charte aux Canadiens est la même que la fouille, la perquisition ou la saisie soit effectuée au Canada ou à l'étranger — Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives justifie l'exigence de l'autorisation préalable.

Justice criminelle et pénale — Lettre de demande — La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition doit être respectée avant que l'on puisse présenter aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers d'un citoyen canadien — Étant donné que ces renseignements peuvent être utilisés dans une poursuite pénale au Canada, le demandeur peut invoquer l'art. 8 de la Charte qui lui assure le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — L'autorisation préalable assure l'impartialité dans la pondération entre l'attente raisonnable d'un particulier en matière de vie privée et le droit du gouvernement d'assurer l'application de la loi.

Droit international — Dans le contexte d'une enquête criminelle sur des pots-de-vin qu'auraient reçus l'intimé et des politiciens de haut niveau, le ministre de la Justice a envoyé une lettre de demande aux autorités suisses les priant de rechercher et de saisir des dossiers bancaires — Les autorités ont saisi les dossiers en vertu du droit suisse — Applicabilité de l'art. 8 de la Charte — Le procureur général fait valoir que la Charte n'a pas d'effet extraterritorial — Les lettres de demande sont une méthode reconnue de collaboration entre les États en l'absence de traité d'entraide juridique — Les principes applicables ne four-

expectation will be acted upon — Charter inapplicable to acts of foreign police — Here no extraterritorial Charter application as letter of request imposing no Canadian legal requirement on Swiss authorities thereby fettering their sovereign authority — Increasing recognition Charter may apply outside Canada in special circumstances.

In the context of a criminal investigation on kickbacks allegedly received by Messrs. Mulroney, Moores, and Schreiber in return for the awarding of various lucrative Canadian contracts to certain companies, a letter of request was sent, on behalf of the Minister of Justice and the Attorney General of Canada, to the Swiss authorities requesting, among other things, that they provide the Canadian government with the banking records of the respondent at the Schweizerischer Bankverein Zurich. No search warrant or other judicial authorization was obtained prior to the letter of request being sent. In response, the records were seized by the Swiss authorities acting under Swiss law.

The respondent, a Canadian citizen, contended that the constitutional guarantees contained in the Charter should cover the letter of request. The Attorney General's submission was that a privacy interest outside Canada was not clothed with Charter protection because section 8 does not generally have extraterritorial effect. Any search or seizure resulted from the actions of the Swiss authorities, acting under Swiss law.

The following question was put before the Trial Division of the Federal Court in the form of a special case for adjudication: Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the letter of request asking Swiss authorities to search for and seize the plaintiff's banking documents and records? The question was answered in the affirmative. This was an appeal from that decision.

Held (Stone J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Linden J.A.: The Canadian standard for the issuance of a search warrant is based on the right "to be secure against unreasonable search or seizure". That standard was set by Dickson J. in *Hunter et al. v. Southam Inc.*: reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search. Whether this standard applied to the

nissent aucune norme interne devant être suivie par l'État requérant — Lorsque la lettre de demande est envoyée à un État non hostile, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'on y donne suite — La Charte n'est pas applicable aux mesures prises par une police étrangère — En l'espèce, il n'y a pas d'application extraterritoriale de la Charte parce que la lettre de demande n'impose pas de conditions légales canadiennes aux autorités suisses, ce qui entraverait leur souveraineté — Il est de plus reconnu que la Charte peut s'appliquer à l'extérieur du Canada dans des circonstances spéciales.

Dans le contexte d'une enquête criminelle sur des pots-de-vin qu'auraient reçus MM. Mulroney, Moores et Schreiber en échange de l'octroi à certaines sociétés de plusieurs contrats lucratifs canadiens, une lettre de demande a été envoyée, au nom du ministre de la Justice et procureur général du Canada, aux autorités suisses les priant, notamment, de remettre au gouvernement canadien les dossiers bancaires de l'intimé tenus à la Schweizerischer Bankverein Zurich. Antérieurement à la présentation de la lettre de demande, aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'ont été obtenus au Canada. En réponse, les dossiers ont été saisis par les autorités suisses agissant en vertu du droit suisse.

L'intimé, un citoyen canadien, fait valoir que les garanties constitutionnelles enchâssées dans la Charte devraient s'appliquer à la lettre de demande. L'avocat du procureur général prétend que le droit à la vie privée en dehors du Canada n'est pas protégé par l'article 8 de la Charte, étant donné que celui-ci n'a habituellement pas d'effet extraterritorial. Les fouilles, perquisitions ou saisies sont le fait des mesures prises par les autorités suisses, agissant en vertu du droit suisse.

La question suivante a été posée à la Section de première instance de la Cour fédérale dans un mémoire spécial: La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada n'ait présenté aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur? Le juge de première instance a répondu affirmativement à la question. Il s'agit d'un appel de cette décision.

Jugement (le juge Stone, J.C.A., étant dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: La norme canadienne relative à la délivrance d'un mandat de perquisition se fonde sur le droit «à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Cette norme a été énoncée par le juge Dickson dans *Hunter et autres c. Southam Inc.* de la façon suivante: l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à

letter of request depends on whether the application of the Charter to a request for assistance from another country means that impermissible extraterritorial effect would be given to the Charter; and whether the letter of request would interfere with the respondent's right to security from unreasonable search and seizure.

In the absence of a mutual assistance treaty, letters of request are the recognized mode of communication and cooperation between states. The principles governing the international recognition of letters of request shed no light on the internal procedures or standards to be applied by the requesting state.

The reasons of the Motions Judge were substantially agreed with. He found that section 8 of the Charter did apply to the request for banking information located in Switzerland, and that the letter of request initiated a seizure which implicated the respondent's reasonable expectation of privacy. He reasoned that the respondent was not seeking the application of the Charter to foreign law, or to the direct activities of the Swiss government in carrying out its decision to search and seize the bank records. He noted that the respondent was the subject of a Canadian criminal investigation by Canadian authorities, and that the information sought to be obtained could be used in a criminal prosecution in Canada. He found that, although the bank accounts over which the respondent asserted a privacy interest were located in Switzerland, that interest was jeopardized by the letter of request which was initiated in Canada. He took judicial notice of the fact that when a letter of request was sent to a friendly and cooperative state, there was a reasonable expectation of its acceptance and a likelihood of it being acted upon. He adopted the rationale that prior authorization of all lawful searches or seizures was necessary to ensure impartial balancing of the privacy interests of the individual with the law enforcement interests of government.

The protection afforded by the Charter to Canadian citizens against their government should be the same whether the search is undertaken at home or abroad, although certainly other governments cannot be bound by the Charter.

Section 8 of the Charter

The purpose of section 8 was identified by Dickson J. in *Hunter* as the protection of individuals from unjustified

l'endroit de la perquisition. La question de savoir si cette norme s'applique à la lettre de demande repose premièrement sur la question de savoir si l'application de la Charte à une demande d'assistance provenant d'un autre pays signifierait qu'une portée extraterritoriale inadmissible serait donnée à la Charte, et deuxièmement sur la question de savoir si la lettre de demande porte atteinte à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Dans les cas où il n'y a pas de traité d'entraide juridique en vigueur, les lettres de demande sont le mode de communication et de coopération reconnu entre les États. Les principes régissant l'acceptation à l'échelle internationale de lettres de demande ne jettent aucune lumière sur les procédures ou les normes internes devant être suivies par l'État requérant.

Les motifs énoncés par le juge des requêtes sont, pour l'essentiel, acceptés. Celui-ci a conclu que l'article 8 de la Charte s'appliquait à la demande de renseignements bancaires se trouvant en Suisse et que la lettre de demande constituait une saisie portant atteinte à l'attente raisonnable quant au respect de la vie privée de l'intimé. Il a statué que ce dernier ne sollicitait pas l'application de la Charte au droit étranger, ni aux activités directes du gouvernement suisse dans l'exécution de sa décision de rechercher et de saisir les dossiers bancaires en question. Il a noté que l'intimé faisait l'objet d'une enquête criminelle canadienne menée par les autorités canadiennes et que les renseignements recherchés pouvaient être utilisés dans une poursuite pénale au Canada. Il a conclu que même si les comptes bancaires au sujet desquels l'intimé fait valoir son droit à la vie privée sont situés en Suisse, ce droit est compromis par la lettre de demande qui émane du Canada. Le juge de première instance a pris d'office connaissance du fait qu'une lettre de demande envoyée à un État qui n'est pas hostile et qui est coopératif n'est pas une simple demande, puisqu'on s'attendait raisonnablement à ce qu'elle soit acceptée et qu'il était probable qu'on lui donnerait suite. Il a suivi le raisonnement selon lequel l'autorisation préalable de toutes les fouilles, perquisitions ou saisies légales est nécessaire pour assurer une pondération impartiale entre le droit à la vie privée d'un particulier et le droit du gouvernement d'assurer l'application de la loi.

La protection assurée par la Charte aux citoyens canadiens contre les intrusions de leur gouvernement devrait être la même que la fouille ou la perquisition soit effectuée au Canada ou à l'étranger même si, de toute évidence, les autres États ne sont pas assujettis à la Charte.

L'article 8 de la Charte

L'objectif de l'article 8 identifié par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter* est de protéger les particuliers contre

state intrusion upon their privacy. However, the right to privacy is not absolute. There must be an assessment of whether, in a particular situation, the public interest in being left alone by government must give way to government's interest in intruding on the individual's privacy in the discharge of its law enforcement responsibilities. The assessment is to be carried out by means of a system of prior authorization of searches and seizures which prevents unjustified searches before they occur and which, conversely, allows the breach of an individual's privacy only where a standard of reasonable and probable grounds, impartially arrived at, has been met.

The privacy interest must be protected even before its actual physical invasion. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures.

The territorial scope of section 8

As a rule, a state is only competent to enforce its law within its own territorial boundaries. The Charter has been held not to apply where the acts complained of were entirely those of foreign police and immigration officials.

Because the respondent was not seeking to apply the Charter to the activities of the Swiss government, the application of the Charter was not extra-territorial. There was nothing in the application of section 8 to the letter of request which would impose a Canadian legal requirement on the Swiss authorities responding to the letter of request so as to fetter their sovereign authority, something international law does not allow. It may be said that although nothing can be gained from applying the Charter to the conduct of Swiss authorities, requiring Canadian authorities to comply with the Canadian standard for the issuance of a search warrant when sending a letter of request to foreign authorities would prevent unjustified invasions of privacy by Canadian authorities in the future.

The *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act* requires that any foreign requests executed in Canada must comply with the Canadian requirements for lawful search and seizure. Although Canada cannot impose its own procedural standards on other states, it can ensure that the right to a reasonable expectation of privacy is protected when a search is instigated by Canadian officials, whether at home or abroad. There is increasing recognition that, in special circumstances, the Charter may be applied outside Canada. The automatic exclusion of Charter application outside Canada might unduly restrict the protection Canadians have a right to expect against the interference with their rights by our governments or their

les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Toutefois, le droit à la vie privée n'est pas absolu. Il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. Cette appréciation doit se faire au moyen d'un système d'autorisation préalable des fouilles, des perquisitions et des saisies qui vise à prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles se produisent et qui, réciproquement, ne permet d'intrusion dans la vie privée d'une personne qu'en fonction d'une norme fondée sur des motifs raisonnables et probables, impartialement déterminée.

Le droit à la vie privée doit être protégé même avant toute intrusion réelle. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

La portée territoriale de l'article 8

La règle applicable indique qu'un État n'a de compétence pour faire appliquer ses lois qu'à l'intérieur de ses propres frontières territoriales. La Charte ne peut s'appliquer lorsque les mesures contestées sont entièrement celles de la police et des autorités de l'immigration étrangères.

Parce que l'intimé ne cherche pas à appliquer la Charte aux activités du gouvernement suisse, il n'y a pas eu d'application extraterritoriale. Il n'y a rien dans l'application de l'article 8 dans la lettre de demande qui imposerait aux autorités suisses répondant à cette lettre de demande une norme juridique canadienne qui entraverait leur souveraineté, ce qui est interdit par le droit international. On peut dire que bien que l'on n'ait rien à gagner en appliquant la Charte à la conduite des autorités suisses, le fait d'obliger les autorités canadiennes à respecter la norme canadienne relative à la délivrance d'un mandat de perquisition lors de l'envoi d'une lettre de demande à des autorités étrangères empêcherait à l'avenir les autorités canadiennes de s'ingérer de façon abusive dans la vie privée des particuliers.

La *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle* exige que toutes les demandes de pays étrangers exécutées au Canada se conforment aux normes canadiennes concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies légales. Bien que le Canada ne puisse imposer ses propres normes procédurales à d'autres États, il peut s'assurer que le droit à une attente raisonnable en matière de vie privée est protégé quand une fouille ou une perquisition est faite à la demande d'agents canadiens, que ce soit au Canada ou à l'étranger. On reconnaît de plus en plus que, dans des circonstances spéciales, la Charte peut s'appliquer à l'extérieur du Canada. Le fait d'écarter automatiquement l'application de la Charte à l'extérieur du Canada pourrait

agents.

The respondent's security against unreasonable search and seizure was infringed by the letter of request

Section 8 does not merely penalize or forbid unreasonable searches and seizures; it prohibits interference with one's security against unreasonable searches and seizures. The respondent's security from unreasonable search and seizure has been affected by the reasonable expectation that the request would be acted upon by Swiss authorities. There was a reasonable expectation of privacy in the information sought (bank records which reveal important and personal details about an individual). There has been a fundamental shift in the law of search and seizure to the effect that the Constitution's guarantee against unreasonable search and seizure protects people, not places.

The constitutionality of a state-sanctioned search and seizure is only partially determined by the manner in which it is executed. The initiation and authorization process is equally important to the determination of constitutionality. Although it is true that one state cannot compel another to comply with its request, there was no evidence of any reason why the request would be refused in this case. The reasonable expectation that the request would be acted upon was sufficient to engage section 8 of the Charter.

The role of section 7 and paragraph 11(d) of the Charter

Although the evidence illegally obtained could be excluded on the basis of section 7 and paragraph 11(d) of the Charter, this was not sufficient. First, it was not the evidence-gathering process in Switzerland which concerned the respondent on this appeal, but rather the initiation of that process here in Canada. Second, it was critical that unreasonable searches or seizures be prevented rather than condemned after they occur.

Availability of constitutionally permissible techniques for instituting a letter of request

The protection of individual rights does not depend upon the convenience of those engaged in law enforce-

avoir pour effet de restreindre indûment la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s'attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par nos gouvernements ou leurs mandataires.

La lettre de demande porte atteinte à la protection garantie à l'intimé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives

L'article 8 ne se contente pas de pénaliser ou d'interdire les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives; il interdit également toute ingérence dans la protection garantie à une personne contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. On a porté atteinte à la protection assurée à l'intimé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives parce qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les autorités suisses donnent suite à la demande. Il y avait une attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui concerne les renseignements recherchés (les dossiers bancaires révélant des détails importants et personnels au sujet d'une personne). Il y a eu une évolution fondamentale qui s'est produite dans le droit en matière de fouille, de perquisition et de saisie en ce sens que la garantie de la Constitution à l'encontre des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives protège les personnes et non les lieux.

La manière dont une fouille, une perquisition et une saisie sanctionnée par l'État est menée ne détermine que partiellement sa constitutionnalité. Le processus de déclenchement et d'autorisation est tout aussi important à cet égard. Bien qu'il soit vrai de dire qu'un État ne peut en obliger un autre à se conformer à sa demande, aucun élément de preuve n'établit l'existence d'une raison pour laquelle cette demande serait refusée en l'espèce. Le fait qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'on donne suite à la lettre de demande est suffisant pour entraîner l'application de l'article 8 de la Charte.

Le rôle de l'article 7 et de l'alinéa 11(d) de la Charte

Même si les éléments de preuve illégalement obtenus pourraient être exclus aux termes de l'article 7 et de l'alinéa 11(d) de la charte, cela n'est pas suffisant. Tout d'abord, ce n'est pas le processus de collecte des éléments de preuve en Suisse qui préoccupe l'intimé dans le présent appel, mais bien le fait que cette procédure a pris naissance au Canada. Deuxièmement, il est essentiel de prévenir les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives plutôt que de les condamner après le fait.

La possibilité de faire appel à des techniques d'enquête admissibles sur le plan constitutionnel pour présenter une lettre de demande

La protection des droits de la personne ne repose pas sur la commodité des moyens à la portée des autorités

ment. Furthermore, it may well be that prior judicial approval for the request could be obtained through subsection 487.01(1) of the *Criminal Code*. In any event, the spectre of the need for legislative action cannot inhibit the Court from declaring unconstitutional conduct to be unconstitutional. There have been many cases in which Charter violations have necessitated remedial legislation.

Diminished effectiveness of investigation and prosecution

The Charter must be complied with, even if that may be inconvenient or even burdensome to law enforcement. Requiring Canadian officials to comply with section 8 of the Charter prior to initiating an international request has no effect on their ability to obtain effective international assistance because it does not impose any additional burden on the requested state.

Per Stone J.A. (dissenting): the appeal should be allowed and the question answered in the negative.

Privacy can never be absolute; it must be balanced against legitimate societal needs, notably that of law enforcement. Moreover, whether the protection of section 8 applies depends on the particular context in which it is asserted.

Does section 8 protect information in the foreign bank records?

In *R. v. Terry* and *R. v. Harrer*, the principal issue was whether paragraph 10(b) of the Charter was engaged by the taking of statements in a foreign country by foreign police. The Supreme Court of Canada determined that the Charter was not engaged in either case because it had no extraterritorial application in the circumstances. Neither case was, however, conclusive of the issue here under consideration.

Is the request a "search" or "seizure"?

The making of the request did not constitute either a search or a seizure of the bank records so as to engage the protection of the section 8 guarantee. It was the method chosen by the Canadian authorities to accomplish, if they could, a search and seizure of the bank records in Switzerland. While the request process ended with a search and seizure of the records, it did not of itself in

chargées de l'application de la loi. En outre, il se pourrait fort bien que l'autorisation judiciaire préalable de la demande puisse être obtenue en invoquant le paragraphe 487.01(1) du *Code criminel*. De toute façon, le spectre de la nécessité d'adopter de nouvelles dispositions législatives ne peut empêcher la Cour de déclarer qu'une conduite non constitutionnelle est effectivement contraire à la Constitution. Il y a eu de nombreux cas dans lesquels des violations de la Charte ont exigé l'adoption de mesures législatives pour remédier à la situation.

L'efficacité amoindrie des enquêtes et des poursuites

Il faut que la Charte soit respectée, même si cela peut causer des inconvénients aux organismes d'application de la loi, ou alourdir leur fardeau. Exiger que les agents canadiens respectent l'article 8 de la Charte avant de faire une demande internationale n'a aucun effet sur leur capacité d'obtenir une assistance internationale efficace, parce que cela n'impose pas de fardeau additionnel à l'État requis.

Le juge Stone, J.C.A. (*dissent*): l'appel devrait être accueilli et il faudrait répondre négativement à la question.

La protection de la vie privée ne peut jamais être absolue; elle doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société, notamment, de l'application de la loi. De plus, la question de savoir si la protection offerte par l'article 8 s'applique dépend du contexte particulier dans lequel ce droit est affirmé.

L'article 8 protège-t-il les renseignements contenus dans les dossiers bancaires étrangers?

Dans les arrêts *R. c. Terry* et *R. c. Harrer*, la question principale qui se posait était de savoir si l'alinéa 10b) de la Charte trouvait application dans les cas où une ou plusieurs déclarations étaient prises en note par la police d'un pays étranger. La Cour suprême du Canada a décidé que la Charte ne trouvait application ni dans un cas ni dans l'autre parce qu'elle n'avait pas d'application extraterritoriale dans les circonstances. Aucun de ces arrêts, toutefois, n'apporte de réponse concluante à la question à l'étude.

La demande constitue-t-elle une «fouille», une «perquisition» ou une «saisie»?

La présentation de la demande ne constitue pas une fouille, une perquisition ou une saisie des dossiers bancaires permettant d'invoquer la protection offerte par l'article 8. C'est la méthode qu'ont choisie les autorités canadiennes pour procéder, si elles le pouvaient, à une fouille, une perquisition ou une saisie de certains dossiers situés en Suisse. Bien que la demande se soit terminée par une

Canada constitute either. The governmental action that is constrained by virtue of section 8 is “unreasonable search and seizure”. The fact that Canadian authorities made the request and had a reasonable expectation that the Swiss authorities would accept and act upon it did not convert the request into the type of governmental action that is proscribed by section 8. It would be wrong to emphasize the word “secure” at the expense of the remaining language of section 8, when that section guarantees the right to be secure against “unreasonable search and seizure” by Canadian state actors. In the present case, the Canadian authorities neither possessed the ability to carry out a search or seizure in Switzerland nor requested that the Swiss authorities should do so as their agents.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 10(b), 11(d),(h), 24(2), 32(1).
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1),(3).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 121(1), 487(1)(d) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 68), 487.01 (as enacted by S.C. 1993, c. 40, s. 15), 487.02 (as enacted *idem*).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 475.
Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 30, ss. 11(1),(2), 12(1)(a),(b).
Treaty between Canada and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters, 7 October, 1993, [1995] Can. T.S. No. 24.
Treaty between the United States and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters, 23 January 1977, 27 U.S.T. 2019; T.I.A.S. No. 8.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. &

fouille, une perquisition et une saisie de dossiers bancaires en Suisse, cela ne constitue pas en soi, une fouille, une perquisition ou une saisie au Canada. Les mesures gouvernementales visées à l'article 8 sont les «fouilles, perquisitions et saisies abusives». Le fait que les autorités canadiennes aient présenté la demande et qu'elles se soient raisonnablement attendues à ce que les autorités suisses l'acceptent et y donnent suite ne contribue pas à faire de cette demande le type de mesure gouvernementale prohibée par l'article 8. On aurait tort de mettre l'accent sur le mot «protection» au détriment du reste de l'article 8, lorsque cet article garantit le droit à la protection contre les «fouilles, perquisitions et saisies abusives» par des autorités canadiennes. En l'espèce, les autorités canadiennes n'avaient pas la possibilité d'effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie en Suisse, et elles n'ont pas demandé que les autorités suisses procèdent à cette fouille, cette perquisition ou cette saisie en tant que leur mandataire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 10(b), 11(d),(h), 24(2), 32(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1), 487(1)(d) (mod. par L.R.C. 1985 (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68), 487.01 (édicte par L.C. 1993, ch. 40, art. 15), 487.02 (édicte, *idem*).
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10(1),(3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 30, art. 11(1),(2), 12(1)(a),(b).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 475.
Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la Confédération suisse, 7 octobre 1993, [1995] R.T. Can. n° 24.
Traité entre les États-Unis et la Confédération suisse sur l'entraide en matière criminelle, 23 janvier 1977, 27 U.S.T. 2019; T.I.A.S. n° 8.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter et autres. c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; (1988), 73 Nfld. &

P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1; *Colello v. U.S. S.E.C.*, 908 F.Supp. 738 (C.D. Cal., 1995); *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; (1993), 145 A.R. 104; [1993] 8 W.W.R. 287; 12 Alta. L.R. (3d) 305; 84 C.C.C. (3d) 203; 24 C.R. (4th) 47; 17 C.R.R. (2d) 297; 157 N.R. 321; 55 W.A.C. 104; *R. v. Lillico* (1994), 92 C.C.C. (3d) 90 (Ont. Gen. Div.); *R. v. Eddy (T.)* (1994), 119 Nfld. & P.E.I.R. 91; 370 A.P.R. 91 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. Sanchez* (1994), 20 O.R. (3d) 468; 93 C.C.C. (3d) 357; 32 C.R. (4th) 269 (Gen. Div.); *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* (1812), 7 Cranch's Reports 116; *Zingre v. The Queen et al.*, [1981] 2 S.C.R. 392; (1981), 127 D.L.R. (3d) 223; 10 Man. R. (2d) 62; 61 C.C.C. (2d) 465; 23 C.P.C. 259; 38 N.R. 272; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; [1991] 1 W.W.R. 193; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 157; 61 C.C.C. (3d) 207; 1 C.R. (4th) 62; 50 C.R.R. 285; 121 N.R. 285.

DISTINGUISHED:

R. v. Harrer, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; 64 B.C.A.C. 161; 101 C.C.C. (3d) 193; 42 C.R. (4th) 269; 32 C.R.R. (2d) 273; 186 N.R. 329; 105 W.A.C. 161; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; (1996), 135 D.L.R. (4th) 214; 76 B.C.A.C. 25; 106 C.C.C. (3d) 508; 48 C.R. (4th) 137; 36 C.R.R. (2d) 21; 197 N.R. 105; 125 W.A.C. 25.

CONSIDERED:

R. v. Filonov (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Ont. Gen. Div.); *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 76 N.R. 12; 20 O.A.C. 161; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *United States v. Verdugo-Urquidez*, 108 L. Ed 2d 222 (1990); *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; *Brulay v. U.S.*, 383 F.2d 345 (1967).

REFERRED TO:

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1;

P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1; *Colello v. U.S. S.E.C.*, 908 F.Supp. 738 (C.D. Cal., 1995); *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; (1993), 145 A.R. 104; [1993] 8 W.W.R. 287; 12 Alta. L.R. (3d) 305; 84 C.C.C. (3d) 203; 24 C.R. (4th) 47; 17 C.R.R. (2d) 297; 157 N.R. 321; 55 W.A.C. 104; *R. v. Lillico* (1994), 92 C.C.C. (3d) 90 (Div. gén. de l'Ont.); *R. v. Eddy (T.)* (1994), 119 Nfld. & P.E.I.R. 91; 370 A.P.R. 91 (C.S. 1^{re} inst. T.-N.); *R. v. Sanchez* (1994), 20 O.R. (3d) 468; 93 C.C.C. (3d) 357; 32 C.R. (4th) 269 (Div. gén.); *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* (1812), 7 Cranch's Reports 116; *Zingre c. La Reine et al.*, [1981] 2 R.C.S. 392; (1981), 127 D.L.R. (3d) 223; 10 Man. R. (2d) 62; 61 C.C.C. (2d) 465; 23 C.P.C. 259; 38 N.R. 272; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; [1991] 1 W.W.R. 193; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 157; 61 C.C.C. (3d) 207; 1 C.R. (4th) 62; 50 C.R.R. 285; 121 N.R. 285.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; 64 B.C.A.C. 161; 101 C.C.C. (3d) 193; 42 C.R. (4th) 269; 32 C.R.R. (2d) 273; 186 N.R. 329; 105 W.A.C. 161; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; (1996), 135 D.L.R. (4th) 214; 76 B.C.A.C. 25; 106 C.C.C. (3d) 508; 48 C.R. (4th) 137; 36 C.R.R. (2d) 21; 197 N.R. 105; 125 W.A.C. 25.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Filonov (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Div. gén. de l'Ont.); *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 76 N.R. 12; 20 O.A.C. 161; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *United States v. Verdugo-Urquidez*, 108 L. Ed 2d 222 (1990); *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; *Brulay v. U.S.*, 383 F.2d 345 (1967).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1;

33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *U.S. v. Sturman*, 951 F.2d 1466 (6th Cir., 1992); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *R. v. Cook*, [1996] B.C.J. No. 2615 (C.A.) (QL); *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 947 (T.D.); *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; [1989] 1 W.W.R. 577; 44 C.C.C. (3d) 513; 67 C.R. (3d) 1; 37 C.R.R. 277; 90 N.R. 173; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; (1990), 71 O.R. (2d) 575; 65 D.L.R. (4th) 240; 53 C.C.C. (3d) 1; 74 C.R. (3d) 281; 45 C.R.R. 278; 103 N.R. 86; 37 O.A.C. 322; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; (1994), 110 D.L.R. (4th) 297; 87 C.C.C. (3d) 193; 26 C.R. (4th) 289; 19 C.R.R. (2d) 193; 49 M.V.R. (2d) 161; 162 N.R. 321; 69 O.A.C. 81; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; 131 D.L.R. (4th) 654; 69 B.C.A.C. 81; 104 C.C.C. (3d) 23; 45 C.R. (4th) 210; 33 C.R.R. (2d) 248; 191 N.R. 327; 113 W.A.C. 81; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; (1996), 202 N.R. 49; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; (1993), 33 B.C.A.C. 269; 85 C.C.C. (3d) 1; 25 C.R. (4th) 88; 18 C.R.R. (2d) 87; 48 M.V.R. (2d) 161; 158 N.R. 375; 54 W.A.C. 269; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; (1995), 124 D.L.R. (4th) 193; 97 C.C.C. (3d) 450; 38 C.R. (4th) 330; 28 C.R.R. (2d) 189; 181 N.R. 161; 81 O.A.C. 161; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; (1983), 8 D.L.R. (4th) 648; 39 C.P.C. 234; 81 C.P.R. (2d) 1; 8 C.R.R. 47; 51 N.R. 1 (C.A.); *Barr v. U.S. Dept. of Justice*, 819 F.2d 25 (2nd Cir. 1987); *Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Ltd. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 39; (1980), 11 D.L.R. (3d) 74; 15 C.P.C. 267; 51 C.P.R. (2d) 1; 31 N.R. 451.

AUTHORS CITED

- Canada. Law Reform Commission. *Report on Search and Seizure*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Hutchison, Scott C. et al. *Search and Seizure Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- LaFave, Wayne R. and Jerold H. Israel. *Criminal Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Ogilvie, M. H. "Banker and Customer Revisited" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 3.

33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *U.S. v. Sturman*, 951 F.2d 1466 (6th Cir., 1992); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *R. v. Cook*, [1996] B.C.J. n° 2615 (C.A.) (QL); *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F. 947 (1^{re} inst.); *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; [1989] 1 W.W.R. 577; 44 C.C.C. (3d) 513; 67 C.R. (3d) 1; 37 C.R.R. 277; 90 N.R. 173; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; (1990), 71 O.R. (2d) 575; 65 D.L.R. (4th) 240; 53 C.C.C. (3d) 1; 74 C.R. (3d) 281; 45 C.R.R. 278; 103 N.R. 86; 37 O.A.C. 322; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; (1994), 110 D.L.R. (4th) 297; 87 C.C.C. (3d) 193; 26 C.R. (4th) 289; 19 C.R.R. (2d) 193; 49 M.V.R. (2d) 161; 162 N.R. 321; 69 O.A.C. 81; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; 131 D.L.R. (4th) 654; 69 B.C.A.C. 81; 104 C.C.C. (3d) 23; 45 C.R. (4th) 210; 33 C.R.R. (2d) 248; 191 N.R. 327; 113 W.A.C. 81; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; (1996), 202 N.R. 49; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; (1993), 33 B.C.A.C. 269; 85 C.C.C. (3d) 1; 25 C.R. (4th) 88; 18 C.R.R. (2d) 87; 48 M.V.R. (2d) 161; 158 N.R. 375; 54 W.A.C. 269; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; (1995), 124 D.L.R. (4th) 193; 97 C.C.C. (3d) 450; 38 C.R. (4th) 330; 28 C.R.R. (2d) 189; 181 N.R. 161; 81 O.A.C. 161; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; (1983), 8 D.L.R. (4th) 648; 39 C.P.C. 234; 81 C.P.R. (2d) 1; 8 C.R.R. 47; 51 N.R. 1 (C.A.); *Barr v. U.S. Dept. of Justice*, 819 F.2d 25 (2nd Cir. 1987); *Gulf Oil Corporation c. Gulf Canada Ltée et autres*, [1980] 2 R.C.S. 39; (1980), 11 D.L.R. (3d) 74; 15 C.P.C. 267; 51 C.P.R. (2d) 1; 31 N.R. 451.

DOCTRINE

- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Hutchison, Scott C. et al. *Search and Seizure Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- LaFave, Wayne R. and Jerold H. Israel. *Criminal Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Ogilvie, M. H. «Banker and Customer Revisited» (1986), 65 *R. du B. can.* 3.

Spinellis, D.D. "Securing Evidence Abroad" in M. Cherif Bassiouni, ed. *International Criminal Law*, Vol. II. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1987.

APPEAL from the Trial Division decision ([1996] 3 F.C. 931; (1996), 137 D.L.R. (4th) 582; 108 C.C.C. (3d) 208; 37 C.R.R. (2d) 63) answering the following question of law in the affirmative: Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the letter of request asking Swiss authorities to search for and seize the plaintiff's banking documents and records? Appeal dismissed.

COUNSEL:

S. David Frankel, Q.C. for appellant (defendant).

Robert W. Hladun, Q.C., Gary D. Braun for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).

Hladun & Company, Edmonton, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 STONE J.A. (*dissenting*): The issue in this appeal is whether the learned Motions Judge [[1996] 3 F.C. 931 (T.D.)] erred in answering the following question of law in the affirmative [at page 936]:

Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the letter of request asking Swiss authorities to search for and seize the plaintiff's banking documents and records?

The answer was based on a construction of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C.,

Spinellis, D.D. «Securing Evidence Abroad» dans M. Cherif Bassiouni, éd. *International Criminal Law*, vol. II. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1987.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1996] 3 C.F. 931; (1996), 137 D.L.R. (4th) 582; 108 C.C.C. (3d) 208; 37 C.R.R. (2d) 63) répondant affirmativement à la question de droit suivante: La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada n'ait présenté aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et dossiers bancaires du demandeur? Appel rejeté.

AVOCATS:

S. David Frankel, c.r. pour l'appelant (défendeur).

Robert W. Hladun, c.r., Gary D. Braun pour l'intimé (demandeur).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant (défendeur).

Hladun & Company, Edmonton, pour l'intimé (demandeur).

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

1 LE JUGE STONE, J.C.A. (*dissident*): Dans le présent appel, la question consiste à savoir si le juge des requêtes [[1996] 3 C.F. 931 (1^{re} inst.)] a commis une erreur en répondant affirmativement à la question de droit suivante [à la page 936]:

[TRADUCTION] La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et le [sic] procureur général du Canada n'aient [sic] présenté aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur?

La réponse se fonde sur une interprétation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*,

1985, Appendix II, No. 44]] which reads:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

- 2 The above question was stated to the Trial Division by way of a special case pursuant to Rule 475 of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for adjudication in lieu of trial. The case was argued in the Trial Division and before us on the basis that the “Canadian standard for the issuance of a search warrant” referred to in the question is that which was formulated by Dickson J. (as he then was) in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 168:

... reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure.

THE FACTS

- 3 The circumstances surrounding the sending of the letter of request (the request) to the Swiss authorities are set forth in the special case. It reads in part:

1. Pursuant to Rule 475 of the **Federal Court Rules**, the parties hereby agree that the following shall constitute all of the facts necessary for the determination of this matter.

Statement of Facts

2. The Plaintiff is a Canadian citizen, who resides both in Canada and in Europe.
3. The Plaintiff has an interest in accounts at the Schweizerischer Bankverein (also known as the Swiss Banking Corporation), Paradaplatz 6, Zurich, Switzerland.
4. On September 29, 1995, Kimberly Prost, Senior Counsel and Director of the International Assistance Group of the Federal Department of Justice, acting on behalf of the Minister of Justice, signed a Letter of Request directed to the Competent Legal Authority of Switzerland, seeking the assistance of the Swiss government with respect to a Canadian criminal investigation. A copy of the said Letter of Request is attached hereto, and marked Exhibit “A”.

1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ainsi rédigé:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

2 La question précitée a été exposée à la Section de première instance dans un mémoire spécial fondé sur la Règle 475 de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] en vue de faire statuer sur cette question pour remplacer l’instruction. L’affaire a été débattue devant la Section de première instance et devant nous en partant du principe que «la norme canadienne applicable à la délivrance d’un mandat de perquisition» mentionnée dans la question ci-dessus est celle qui a été formulée par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 168:

... l’existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l’art. 8 de la *Charte*, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie.

LES FAITS

3 Les circonstances qui ont mené à l’envoi de la lettre de demande (la demande) aux autorités suisses sont énoncées dans le mémoire spécial. En voici un extrait:

1. En application de la Règle 475 des **Règles de la Cour fédérale**, les parties conviennent que ce qui suit constitue tous les faits nécessaires au règlement de l’espèce.

Exposé des faits

2. Le demandeur est un citoyen canadien, qui réside tant au Canada qu’en Europe.
3. Le demandeur a des intérêts dans des comptes à la Schweizerischer Bankverein (connue également sous le nom de Swiss Banking Corporation), Paradaplatz 6, Zurich (Suisse).
4. Le 29 septembre 1995, Kimberly Prost, avocate-conseil et directrice du Groupe d’assistance internationale du ministère fédéral de la Justice a, au nom du ministre de la Justice, signé une lettre de demande adressée aux autorités compétentes suisses, sollicitant l’assistance du gouvernement suisse relativement à une enquête criminelle canadienne. Une copie de la lettre de demande est jointe aux présentes sous la pièce «A».

5. The Swiss government received and accepted the aforesaid Letter of Request.

6. In response to the Letter of Request the Swiss authorities, acting under their laws, issued an Order for the seizure of documents and records relating to the Plaintiff's aforesaid accounts.

7. An application by the Plaintiff challenging the Swiss Order was dismissed by the Swiss Federal Court on May 1, 1996. The documents and records are presently being examined by the Swiss Chief Federal Prosecutor. If she decides to make them available to Canadian authorities, then the Plaintiff can challenge that decision before the Swiss Courts.

8. Prior to delivery of the Letter of Request no Search Warrant or other judicial authorization, supported by information on oath, had been obtained in Canada with respect to the seizure of the Plaintiff's Swiss banking documents and records.

9. The parties agree that the determination of the following question of law will be dispositive of the within action:

...

10. The parties agree that the applicability and validity of the law under which the Swiss authorities acted is not relevant to the determination of this question.

5. Le gouvernement suisse a reçu et accepté la lettre de demande.

6. En réponse à celle-ci, les autorités suisses, agissant sous le régime du droit suisse, ont ordonné la saisie de documents et de dossiers concernant les comptes susdits du demandeur.

7. Le demandeur a présenté une demande pour contester l'ordonnance suisse, qui a été rejetée par la Cour fédérale suisse le 1^{er} mai 1996. Les documents et les dossiers sont actuellement examinés par le premier procureur fédéral suisse. Si elle décide de les mettre à la disposition des autorités canadiennes, le demandeur peut alors contester cette décision devant les tribunaux suisses.

8. Antérieurement à la présentation de la lettre de demande, aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire, étayés par des dénonciations sous serment, n'ont été obtenus au Canada relativement à la saisie des documents et des dossiers bancaires suisses du demandeur.

9. Les parties conviennent que le règlement de la question de droit suivante tranchera l'espèce:

...

10. Les parties s'accordent à dire que l'applicabilité et la validité du droit en vertu duquel les autorités suisses ont agi ne se rapportent pas au règlement de cette question.

4 By the request, the appellant asked the Competent Legal Authority of Switzerland to assist the Government of Canada "in a matter concerning the investigation of violations of Canadian criminal laws". The appellant assured the Authority that in similar criminal investigations "Canada will extend to the Government of Switzerland reciprocal cooperation and is ready and willing to render assistance to Switzerland in accordance with the law of Canada". The request stated that the Commercial Crime Section of the Royal Canadian Mounted Police at Ottawa was "conducting a criminal investigation of 'Frauds on the Government' under Section 121(1) of the *Criminal Code of Canada* R.S.C., 1985, chapter C-45, as amended" and that "[c]harges under the above noted section will be considered upon conclusion of the investigation." It is apparent that the request and its content was in the nature of a private communication between the Government of Canada and the Swiss authorities, and that the request was sent for the purpose of furthering an investigation that the RCMP had already initiated in Canada.

4 Par cette demande, l'appelant demandait aux autorités compétentes suisses d'aider le gouvernement du Canada [TRADUCTION] «dans une affaire concernant une enquête sur des violations alléguées du droit pénal canadien». L'appelant assurait les autorités suisses qu'en cas d'enquêtes criminelles similaires [TRADUCTION] «le Canada offrira au gouvernement suisse une collaboration réciproque et est tout disposé à aider la Suisse en conformité avec le droit du Canada». La demande indiquait que la Section des délits commerciaux de la Gendarmerie royale du Canada à Ottawa [TRADUCTION] «menait une enquête criminelle concernant des «fraudes envers le gouvernement» visées au paragraphe 121(1) du *Code criminel du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-45, et ses modifications» et qu'[TRADUCTION] «à l'issue de l'enquête il sera décidé si des accusations seront portées aux termes de l'article précité». Il est manifeste que cette demande et son contenu sont de la nature de communications privées entre le gouvernement du Canada et les autorités suisses, et que la demande a été envoyée afin de poursuivre une enquête entamée par la GRC au Canada.

5 The facts upon which the request was based are set forth in a "summary of facts" embodied in the document. Those of direct relevance may be briefly summarized. The respondent, who currently resides in Germany, is a Canadian citizen. At the material time he was the owner of a Liechtenstein company called Kensington Anstalt which in turn owned another Liechtenstein company called International Aircraft Leasing (IAL). In March 1985, Air Canada, then a federal Crown corporation, was engaged in negotiations for the purchase of a new fleet of aircraft with three manufacturers including Airbus Industrie of Toulouse, France. On March 7, 1985, IAL signed an agreement with Airbus Industrie which provided that IAL would receive commissions of 2 to 2.5 percent of each contract that Airbus Industrie obtained for the sale of aircraft in Canada. According to the request, the RCMP "had reliable information that Mr. Schreiber was given these commissions" in order to pay Mr. Brian Mulroney, a former Prime Minister of Canada and Mr. Frank Moores, a private Canadian lobbyist and Director of CGI Government Consultants International Incorporated "to ensure that Airbus Industrie obtained a major contract with Air Canada for the planned upgrade of their aircraft fleet". On the basis of a German magazine article and a Canadian Broadcasting Corporation television program, both of March 1995, it was stated in the request that commissions on the sale of each plane were paid by Airbus Industrie to IAL's Liechtenstein account and then transferred to IAL's account 18679 at the Schweizerischer Bankverein Zurich, in Zurich, Switzerland, and that the funds were reportedly then transferred to accounts 34107 and 34117 said to have been opened by Mr. Moores at the same bank in Zurich "as payment to Mr. Moores, and Mr. Mulroney's assistance in obtaining the contract". The request also asserted the belief of the RCMP that the respondent and Mr. Moores "conspired with Mr. Mulroney to obtain secret commissions to ensure that Airbus received the contract from Air Canada to purchase the aircraft". The request went on to state:

5 Les faits sur lesquels la demande se fonde sont énoncés dans «l'exposé des faits» joint au document. Les faits directement pertinents peuvent être résumés brièvement. L'intimé, qui habite actuellement en Allemagne, est un citoyen canadien. À l'époque pertinente, il était propriétaire d'une société du Liechtenstein portant la dénomination sociale de Kensington Anstalt qui, elle-même, possédait une autre société du Liechtenstein portant la dénomination sociale de International Aircraft Leasing (IAL). En mars 1985, Air Canada, qui était alors une société d'État, a entamé des négociations avec trois fabricants, dont Airbus Industrie de Toulouse (France), en vue de l'achat d'une nouvelle flotte d'avions. Le 7 mars 1985, IAL a signé une entente avec Airbus Industrie prévoyant qu'IAL recevrait des commissions de 2 à 2,5 pour cent sur chaque contrat qu'obtiendrait Airbus Industrie pour la vente d'avions au Canada. Selon la demande, la GRC [TRANSDUCTION] «disposait de renseignements fiables indiquant que ces commissions ont été payées à M. Schreiber» pour être remises à M. Brian Mulroney, ancien Premier ministre du Canada et à M. Frank Moores, lobbyiste canadien indépendant et directeur de CGI Government Consultants International Incorporated [TRANSDUCTION] «afin d'assurer qu'Airbus Industrie obtienne un important contrat avec Air Canada pour la modernisation prévue de sa flotte». D'après un article tiré d'une revue allemande et une émission diffusée à la télévision de Radio-Canada, datant tous deux de mars 1995, la demande précisait que des commissions sur la vente de chaque appareil avaient été versées par Airbus Industrie au compte d'IAL tenu au Liechtenstein pour être ensuite transférées au compte 18679 d'IAL à la Schweizerischer Bankverein Zurich, à Zurich (Suisse), et que les fonds auraient ensuite été virés aux comptes 34107 et 34117 qu'aurait ouverts M. Moores à la même banque à Zurich [TRANSDUCTION] «en guise de paiement à M. Moores et à M. Mulroney pour leur aide dans l'obtention du contrat». La demande affirmait également que la GRC croyait que l'intimé et M. Moores [TRANSDUCTION] «avaient conspiré avec M. Mulroney pour obtenir des commissions secrètes visant à assurer à Airbus l'octroi du contrat d'Air Canada pour l'achat des appareils». La demande indiquait également ce qui suit:

If the investigation determines that these payments were made, then charges of giving a reward or benefit to an official under Sections 121(1)(a)(i), 121(1)(b) and 121(1)(e) of the Code will be considered against . . . Mr. SCHREIBER.

The request makes reference to two other Canadian federal government contracts, which it asserted “resulted in commissions being paid to IAL and a portion of these commissions are reported to have been paid” to Mr. Moores and Mr. Mulroney. All three cases, it was said, “demonstrate an ongoing scheme” by the three named individuals “to defraud the Canadian government of millions of dollars of public funds” between September, 1984 and June, 1993.

- 6 The material part of “the purpose of the request”, set forth in the same document, reads:

The Government of Canada respectfully requests the assistance of the Competent Legal Authority of Switzerland to perform the following:

- provide all banking information available at the Schweizerischer Bankverein Zurich, 6 Paradeplatz, Zurich, for any accounts in the names of Karlheinz SCHREIBER, Frank MOORES, Brian MULRONEY, International Aircraft Leasing and Kensington Anstalt, or which they hold power of attorney, or in which they are the beneficial owners, in particular account numbers 18679 (Mr. SCHREIBER), 34107 & 34117 both believed to be registered to Mr. MOORES. We require copies of the signature cards and other forms used to open the accounts, transaction records including deposit slips, cheques, drafts, transfer forms etc. showing the flow of funds through the accounts, and all general correspondence between the clients (Mr. MULRONEY, Mr. MOORES, and Mr. SCHREIBER) and the bank, for the period September 4, 1984 to present. The account managers for these accounts are believed to be Andre STROBEL and Paul SCHNEIDER.

[TRADUCTION] Si l'enquête permet de déterminer que ces sommes ont effectivement été versées, la possibilité que soient portées contre . . . M. SCHREIBER des accusations d'avoir donné une récompense ou un avantage à un fonctionnaire, fondées sur le sous-alinéa 121(1)a)(i), et les alinéas 121(1)b) et 121(1)e) du Code, sera envisagée.

La demande fait référence à deux autres contrats du gouvernement fédéral canadien [TRADUCTION] «et affirme que ceux-ci ont donné lieu au paiement de commissions à IAL et qu'une partie de ces commissions sont présumées avoir été versées» à M. Moores et à M. Mulroney. Selon la demande, ces trois cas [TRADUCTION] «démontrent la mise en œuvre suivie d'un plan» élaboré par ces trois personnes «pour priver le gouvernement canadien de millions de dollars de fonds publics» entre septembre 1984 et juin 1993.

- 6 La partie pertinente de «l'objet de la demande», énoncée dans le même document est rédigée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le gouvernement du Canada demande respectueusement l'aide des autorités compétentes suisses aux fins suivantes:

- fournir tous les renseignements bancaires disponibles à Schweizerischer Bankverein Zurich, 6 Paradeplatz, Zurich, concernant tous les comptes ouverts au nom de Karlheinz SCHREIBER, Frank MOORES, Brian MULRONEY, International Aircraft Leasing et Kensington Anstalt, ou pour lesquels ils ont une procuration, ou dont ils sont les titulaires bénéficiaires, plus particulièrement les comptes numéros 18679 (M. SCHREIBER), 34107 et 34117 qui seraient tous deux enregistrés au nom de M. MOORES. Nous demandons des copies des fiches signature et d'autres imprimés utilisés pour l'ouverture des comptes, les relevés d'opérations y compris les bordereaux de dépôt, les chèques, les traites, les formules de virement, etc., attestant les mouvements de fonds dans les comptes et toute la correspondance générale entre les clients (M. MULRONEY, M. MOORES et M. SCHREIBER) et la banque, pour la période allant du 4 septembre 1984 à ce jour. Selon nos informations, les directeurs de ces comptes seraient Andre STROBEL et Paul SCHNEIDER.

- 7 The request also described in some detail the procedure laid down in the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] for “introduction of documents into evidence before a Canadian Court”, which description concludes:

- 7 La demande décrivait également de façon assez détaillée la procédure énoncée dans la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] pour [TRADUCTION] «le dépôt en preuve de documents devant un tribunal canadien», description qui se termine sur ces mots:

It is, therefore, further requested that any business record obtained in response to this request be accompanied by a certification as described in order to meet the admissibility requirements of the Canada Evidence Act.

THE JUDGMENT BELOW

8 The Motions Judge expressed the view [at page 943] that “the application of section 8 is an inescapable product of the government’s enforcement activity within Canada”. At pages 941-943 of his reasons he elaborated as follows:

The defendant relies on the cases of *Terry, supra*; *Harrer, supra* and *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, for a number of propositions. Specifically, the defendant notes that the Supreme Court of Canada, in the above decisions, has emphasized the following principles: a Canadian does not take Canadian law when travelling abroad; travellers to foreign states should know that law officers in different states co-operate with each other; extradition treaties exist; evidence taken in one state may be used in another; and, the practice of cooperation between the police of different states does not make the law of one state applicable in the other state.

While the defendant relies on *Terry, supra*, this decision, in my opinion, is clearly distinguishable from the present case. *Terry* was a case in which the appellant argued that the foreign (American) police were obliged to conform to the Charter. It is clear that the application of the Charter in *Terry* would have been extraterritorial; in the present case, however, the application of the Charter is not extraterritorial. I therefore do not view *Terry* as a bar to the application of the Charter in this case.

In the case before the Court, the plaintiff is not seeking the application of the Charter to foreign law, or to the direct activities of the Swiss government in carrying out its decision to search and seize the bank records in question. The application of the Charter clearly stops at the water’s edge. However, the question to be addressed in the case at bar is whether the standard required by section 8 of the Charter should apply to the letter of request procedure in Canada, prior to the search or seizure taking place. Of course, the answer to this question can only be considered by noting that Mr. Schreiber is the subject of a Canadian criminal investigation by Canadian authorities, and that the information sought to be obtained may be used in a criminal prosecution in Canada, pursuant to the *Canadian Criminal Code*.

[TRADUCTION] Par conséquent, nous demandons en outre que tout document commercial obtenu par suite de cette demande soit accompagné de l’attestation décrite afin de satisfaire aux conditions d’admissibilité en preuve posées par la Loi sur la preuve au Canada.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

8 Le juge des requêtes est d’avis que [à la page 943] «[l]’application de l’article 8 est . . . la suite inéluctable des activités d’exécution gouvernementales au sein du Canada». Aux pages 941 à 943 de ses motifs, il déclare ce qui suit:

Le défendeur s’appuie sur les arrêts *Terry*, précité; *Harrer*, précité; et *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l’instance de) Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, qui préconisent un certain nombre d’idées. Particulièrement, le défendeur note que la Cour suprême du Canada, dans les décisions ci-dessus, a insisté sur les principes suivants: un Canadien n’emporte pas avec lui le droit canadien lorsqu’il voyage à l’étranger; les voyageurs en pays étrangers devraient savoir que les officiers de police de divers pays coopèrent les uns avec les autres; les traités d’extradition existent; les éléments de preuve recueillis dans un pays peuvent être utilisés dans un autre, et la pratique de collaboration entre les polices de différents pays ne rend pas le droit d’un pays applicable dans un autre.

Bien que le défendeur s’appuie sur l’arrêt *Terry* précité, j’estime que cette affaire se distingue clairement de l’espèce. L’affaire *Terry* était une affaire où l’appelant prétendait que la police étrangère (américaine) était tenue de se conformer à la Charte. Il est clair que l’application de la Charte dans l’affaire *Terry* aurait été extraterritoriale. Toutefois, en l’espèce, l’application de la Charte n’est pas extraterritoriale. Je n’interprète donc pas l’arrêt *Terry* comme étant un obstacle à l’application de la Charte en l’espèce.

Dans l’espèce dont la Cour est saisie, le demandeur ne sollicite pas l’application de la Charte au droit étranger, ni aux activités directes du gouvernement suisse dans l’exécution de sa décision de rechercher et de saisir les dossiers bancaires en question. L’application de la Charte cesse clairement là où commence l’océan. Toutefois, la question à aborder en l’espèce est de savoir si la norme requise par l’article 8 de la Charte devrait s’appliquer aux formalités canadiennes relatives aux lettres de demande, antérieurement aux fouilles, aux perquisitions ou aux saisies. Bien entendu, la réponse à cette question ne peut être examinée qu’en notant que Schreiber fait l’objet d’une enquête criminelle canadienne menée par les autorités canadiennes, et que les renseignements recherchés peuvent être utilisés dans une poursuite pénale au Canada, en application du *Code Criminel*.

...

In my opinion, to apply the Charter to the letter of request procedure in Canada depends on whether there is a material connection between the information requested in the letter of request, and any alleged violations of Canadian criminal law. The fact that the information requested and provided may not become evidence in a criminal trial is not, in my view, a significant consideration.

In the present case, the defendant conceded that judicial notice could be taken of the fact that Canada would not send a letter of request to an unfriendly, uncooperative state. In this regard, the Canadian officials knew that the Swiss authorities would seize the requested records, subject, of course, to Swiss law. As such, it was not simply a request; there was a reasonable expectation of its acceptance, and a likelihood of it being acted upon.

THE ISSUES

9 The appellant raises three alternative issues. The first is that section 8 is not engaged because the Charter simply does not protect otherwise personal and confidential bank records kept or maintained in a foreign country and, particularly, that the request sent by Canada to Switzerland did not engage the Charter. The second is that the application of section 8 was not triggered by the request because it did not of itself constitute either a "search" or a "seizure". The third is that even if section 8 is engaged, the requesting procedure did not infringe the respondent's "reasonable expectation of privacy" and that such procedure is constitutionally "reasonable". It goes without saying that the question of whether, apart from the Charter, the Canadian standard for the issuance of a search warrant ought to be adhered to before a request of this kind is submitted to a foreign government, does not arise for decision on this appeal.

ANALYSIS

Introduction

10 At the time the request was submitted to the Swiss authorities, no mutual legal assistance treaty

...

À mon avis, appliquer la Charte aux formalités relatives aux lettres de demande au Canada dépend de la question de savoir s'il existe un lien important entre les renseignements demandés dans la lettre de demande et toutes violations alléguées du droit pénal canadien. Le fait que les renseignements demandés et fournis peuvent ne pas devenir des éléments de preuve dans un procès pénal n'est pas, à mon avis, un élément important.

En l'espèce, le défendeur a reconnu qu'on pourrait prendre d'office connaissance du fait que le Canada n'enverrait pas une lettre de demande à un État hostile et peu coopératif. À cet égard, les autorités canadiennes savaient que les autorités suisses saisiraient les dossiers demandés, sous réserve bien entendu du droit suisse. Cela étant, il ne s'agissait pas simplement d'une demande; on s'attendait raisonnablement à ce qu'elle soit acceptée et il était probable qu'on y donnerait suite.

LES QUESTIONS EN LITIGE

L'appelant soulève trois questions subsidiaires. 9 Dans la première, il fait valoir que l'article 8 ne s'applique pas parce que la Charte ne protège tout simplement pas les dossiers bancaires personnels et confidentiels tenus dans un pays étranger et, particulièrement, que la demande que le Canada a envoyée à la Suisse n'a pu entraîner l'application de la Charte. Dans la deuxième question, il prétend que l'application de l'article 8 n'a pu être déclenchée par l'envoi de la demande parce que celle-ci ne constitue ni une «fouille ou une perquisition» ni une «saisie». Dans la troisième, il soutient que même si l'article 8 s'applique, la procédure de demande ne porte pas atteinte à «l'attente raisonnable en matière de vie privée» de l'intimé et qu'une telle procédure est «raisonnable» sur le plan constitutionnel. Il va sans dire que la question de savoir si, en dehors de la Charte, la norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devrait être respectée avant qu'une demande de ce genre soit présentée à des autorités étrangères ne se pose pas pour le règlement du présent appel.

ANALYSE

Introduction

Au moment où la demande a été présentée aux 10 autorités suisses, il n'y avait pas de traité d'entraide

between Canada and Switzerland under the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30 which was proclaimed in force October 1, 1988, was in effect. Under subsection 11(2) of that statute, where the Minister of Justice approves a request of a foreign state to have a search or a seizure carried out in Canada, a competent authority in Canada is required to “apply *ex parte* for a search warrant to a judge of the province in which the competent authority believes that evidence of the commission of the offence may be found”, and subsection 12(1) empowers the issuance of a search warrant “where the judge is satisfied by statements under oath that there are reasonable grounds to believe that”, *inter alia*, “an offence has been committed with respect to which the foreign state has jurisdiction” and “evidence of the commission of the offence . . . will be found in a building, receptacle or place in the province”. A *Treaty between Canada and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters*, [1995] Can. T.S. No. 24, was signed on October 7, 1993, and came into force on November 17, 1995, some seven weeks after the request was sent to the Swiss authorities. Article 5 of the Treaty provides that a request “shall be executed in accordance with the law of the Requested State”. The “assistance” made available under the Treaty, addressed in Article 1(3), includes “(b) taking testimony or other statements” and “(c) producing objects, documents, records and evidence, including exhibits”. Article 29 provides that the Treaty’s provisions “shall not affect . . . other agreements or arrangements or which may result from a well-established practice of the competent authorities”.

juridique entre le Canada et la Suisse en vertu de la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 30 qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1988. En vertu du paragraphe 11(2) de cette Loi, lorsque le ministre de la Justice autorise la demande d’un État étranger d’effectuer une perquisition, une fouille ou une saisie au Canada, l’autorité compétente canadienne doit «présente[r] une requête *ex parte*, en vue de la délivrance d’un mandat de perquisition, à un juge de la province où elle croit à la possibilité de trouver des éléments de preuve de l’infraction», et le paragraphe 12(1) autorise la délivrance d’un mandat de perquisition lorsque le juge «est convaincu par les déclarations faites sous serment qu’il existe des motifs raisonnables de croire», notamment, «qu’une infraction qui relève de la compétence de l’État étranger a été commise» et «que des éléments de preuve de l’infraction . . . seront trouvés dans un bâtiment, contenant ou lieu situé dans la province». Le 7 octobre 1993, un *Traité d’entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la Confédération suisse*, [1995] R.T. Can. n° 24, a été signé, et il est entré en vigueur le 17 novembre 1995, soit quelque sept semaines après que la demande eut été faite aux autorités suisses. L’article 5 de ce traité dispose qu’une demande «est exécutée conformément au droit de l’État requis». L’«entraide» prévue dans le traité, dont il est question au paragraphe 1(3), comprend «(b) la prise de témoignages ou d’autres déclarations» et «(c) la remise d’objets, de documents, de dossiers ou d’éléments de preuve, y compris les pièces à conviction». L’article 29 prévoit que les dispositions du traité «n’affectent pas . . . d’autres accords ou arrangements, . . . qui résulterai[ent] d’une pratique bien établie de leurs autorités compétentes».

11 The appellant points out that while the request here in question was made on a state to state basis outside of any treaty in accordance with principles of comity, it is not the only avenue utilized by Canada for enlisting foreign assistance in criminal investigation. The cooperation of a foreign state may also be sought on an informal basis by way of request from one police force to another. Further, a formal request—not possible in this case—is avail-

L’appelant signale que même si la demande dont il est question en l’espèce a été adressée par un État à un autre en dehors de tout traité conformément aux principes de courtoisie internationale, ce n’est pas le seul moyen auquel peut avoir recours le Canada pour obtenir l’aide d’un pays étranger dans des enquêtes criminelles. La collaboration d’un État étranger peut également être demandée de façon informelle par l’intermédiaire de la police. En outre, 11

able in some instances under a mutual assistance bilateral treaty or under multilateral conventions, such as the treaty between Canada and Switzerland which came into force on November 17, 1993, referred to above. Canada will be required to obtain prior judicial approval before a request can be sent to foreign authorities if the judgment below stands.

- 12 The difficulty facing law enforcement authorities in combatting crime—including international or transnational crime—should not be minimized. In M. C. Bassiouni, *International Criminal Law*, Vol. II (Transnational Publishers: Dobbs Ferry, N.Y., 1987), at page 351, D. D. Spinellis [“Securing Evidence Abroad”] describes this difficulty in general terms:

Criminal offences affecting more than one country have increased in the last decades. International commerce, tourism and the mobility of the labor force have all contributed to this increase. However, it is the internationally organized crimes and the economic crimes which are producing the most difficult legal problems.

In *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, Lamer J. (as he then was) stated emphatically, at page 916:

One need not be referred to evidence to acknowledge the ubiquitous nature of criminal activity in our society. If the struggle against crime is to be won, the ingenuity of criminals must be matched by that of the police; as crimes become more sophisticated so too must be the methods employed to detect their commission.

Again, in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at page 574, La Forest J., for the majority, rejected the imposition of domestic procedural rules on foreign authorities gathering evidence for use in Canada because to do so would stand in the way of effective cooperation in fighting international crime:

For us to insist that foreign authorities have followed our internal procedures in obtaining evidence as a condition of its admission in evidence in Canada would frustrate the necessary cooperation between the police and prosecu-

une demande officielle—impossible en l’espèce—peut être faite dans certains cas en vertu d’un traité bilatéral d’entraide ou de conventions multilatérales, par exemple en vertu du traité susmentionné entre le Canada et la Suisse qui est entré en vigueur le 17 novembre 1993. Le Canada devra obtenir une autorisation judiciaire avant de présenter une demande à des autorités étrangères si le jugement de première instance est maintenu.

- Il ne faut pas minimiser les difficultés auxquelles font face les autorités d’exécution de la loi dans la lutte qu’elles mènent contre le crime, y compris contre le crime international ou transnational. Dans l’ouvrage de M. C. Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. II (Transnational Publishers: Dobbs Ferry, N.Y., 1987), à la page 351, D. D. Spinellis [«Securing Evidence Abroad»] décrit cette difficulté en termes généraux:

[TRADUCTION] Les infractions criminelles touchant plus d’un pays ont augmenté au cours des dernières décennies. Le commerce international, le tourisme et la mobilité de la main-d’œuvre sont autant d’éléments qui ont contribué à cette augmentation. Toutefois, ce sont les crimes économiques et le crime organisé à l’échelle internationale qui posent les plus grandes difficultés sur le plan juridique.

Dans l’arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, le juge Lamer (plus tard juge en chef) souligne avec force ce qui suit à la page 916:

Aucune preuve n’est nécessaire pour reconnaître l’omniprésence de l’activité criminelle dans notre société. Si l’on veut vaincre le crime, l’ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police; au fur et à mesure que les crimes deviennent plus subtils, de même doivent le devenir les méthodes employées pour les dépister.

De nouveau, dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la page 574, le juge La Forest, au nom de la majorité, rejette l’imposition de règles procédurales nationales aux autorités étrangères qui recueillent des éléments de preuve pouvant être utilisés au Canada parce que cette façon de faire atténuerait l’efficacité de la coopération dans la lutte contre le crime international:

Si nous insistions pour que les autorités étrangères suivent nos procédures internes relativement à l’obtention de la preuve et faisons du respect de ces procédures une condition de l’admissibilité au Canada de la preuve ainsi re-

torial authorities among the various states of the world.

- 13 The Motions Judge took account of jurisprudence of the Supreme Court of Canada with respect to the scope of protection guaranteed by section 8, beginning with the leading case of *Hunter, supra*. It will be useful here, before addressing the specific issues, to isolate some of the principles developed in the caselaw and relied upon by the respondent. In *Hunter, supra*, Dickson J. borrowed from the opinion of Stewart J. of the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) with respect to the Fourth Amendment, that section 8 protects a “reasonable expectation of privacy” and, like the Fourth Amendment, protects “people, not places”. Dickson J. [at page 156] favoured the need for “a broad purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects”. He described the purpose of the Charter at page 156:

Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.

- 14 The fundamental teachings of *Hunter, supra*, have guided the Supreme Court in its many subsequent decisions under section 8, one of the earliest being *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417 where it was confirmed by La Forest J., concurring, at page 427, that the section “guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure” (emphasis added). Two years later, in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at page 43, La Forest J., for the majority, reaffirmed privacy as the primary value served by section 8 and stated that “the spirit of s. 8 must not be constrained by narrow legalistic classifications”. In *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, La Forest J., for the majority, encapsulated the fundamental teachings of *Hunter, supra*, and *Dymment, supra*, at pages 52-53 and 60-61:

cueillie, cela ferait obstacle à la coopération qui doit exister entre les services policiers et organismes chargés des poursuites des différents pays du monde.

- 13 Le juge des requêtes a tenu compte de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant la portée de la protection offerte par l'article 8, en commençant son analyse par l'arrêt de principe sur la question, c'est-à-dire *Hunter*, précité. Il sera utile ici, avant d'aborder les questions précises, de dégager certains des principes élaborés par la jurisprudence et sur lesquels s'est appuyé l'intimé. Dans l'arrêt *Hunter*, précité, le juge Dickson a emprunté l'opinion du juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans la décision *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), sur le Quatrième amendement, en affirmant que l'article 8 garantit «une attente raisonnable en matière de vie privée» et, comme le Quatrième amendement, protège «les personnes et non les lieux». Le juge Dickson [à la page 156] favorise la nécessité d'une «analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges». Il décrit ainsi le but de la Charte à la page 156:

Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.

- 14 Ces renseignements fondamentaux énoncés dans *Hunter*, précité, ont guidé la Cour suprême dans les nombreuses décisions ultérieures qu'elle a rendues en vertu de l'article 8, l'une des premières étant *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417, dans laquelle la Cour a confirmé, dans les motifs concurrents du juge La Forest, à la page 427, que l'article «garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives» (non souligné dans l'original). Deux ans plus tard, dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la page 43, le juge La Forest, au nom de la majorité, a réaffirmé que la vie privée était la valeur première protégée par l'article 8 et a déclaré que «l'esprit de l'art. 8 ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites». Dans l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, le juge La Forest, au nom de la majorité, a ré-

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, teaches us that s. 8, like other *Charter* rights, must be broadly and liberally construed to effect its purpose. And that purpose, it identified, is to secure the citizen's right to a reasonable expectation of privacy against governmental encroachments. The need for privacy can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion The requirement for seizing items for the purpose of criminal law enforcement has also been set at a high level; not surprisingly—it involves the freedom of the individual. Absent exigent circumstances, there is a requirement of prior authorization by a judicial officer as a precondition to a valid seizure for the criminal law purposes; see *Hunter, supra*. And the minimum requirement for such authorization is that the judicial officer be satisfied that there are reasonable and probable grounds that an offence has been committed and that the search will afford evidence of that offence. This high threshold, together with the general approach set forth in *Hunter*, at p. 155, that the function of the *Charter* "is to provide . . . for the unremitting protection of individual rights and liberties" sought to be protected, is the proper perspective from which the situation in the present case must be assessed.

...

At all events, they seized information involving the bodily integrity of the individual that could only be obtained originally with his consent or later pursuant to a statute for the limited purposes intended by the statute. This really goes to the underlying reason for the protection afforded by s. 8; one must not overemphasize the purely physical aspects of the seizure. In both *Hunter* and *Dyment*, the Court emphasized that what is protected by s. 8 is people, not places or things. The principal right protected by s. 8 is individual privacy, and the provision must be purposively applied to that end. The following statement from *Dyment*, at pp. 429-30, is relevant here:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for

sumé les enseignements fondamentaux tirés de *Hunter*, précité, et de *Dyment*, précité, aux pages 52, 53 et 60, 61:

Il ressort de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, que, comme les autres droits garantis par la *Charte*, celui prévu à l'art. 8 doit recevoir une interprétation large et libérale pour que son objectif soit atteint. Et cet objectif, d'après l'arrêt *Hunter*, consiste à mettre à l'abri des atteintes gouvernementales le droit du citoyen de pouvoir s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée. Or, le besoin de voir respecter sa vie privée peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence . . . Les exigences auxquelles il faut satisfaire pour saisir des articles aux fins de l'application du droit criminel sont, elles aussi, sévères. Il n'y a pas à s'en étonner d'ailleurs, car c'est la liberté de l'individu qui est en jeu. En l'absence d'une situation d'urgence, l'obtention de l'autorisation préalable d'un officier de justice s'impose comme condition de la légitimité d'une saisie effectuée aux fins du droit criminel; voir l'arrêt *Hunter*, précité. Or, l'exigence minimale pour obtenir une telle autorisation est que l'officier de justice soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la fouille ou perquisition permettra d'en faire la preuve. C'est donc dans l'optique de cette exigence sévère et du principe général énoncé dans l'arrêt *Hunter*, à la page 155 (à savoir que la *Charte* vise à assurer «la protection constante des droits et libertés individuels»), qu'il convient d'examiner la situation en l'espèce.

...

Quoi qu'il en soit, la police a saisi de l'information mettant en jeu l'intégrité physique d'un particulier, qui ne pouvait être obtenue initialement qu'avec le consentement de celui-ci ou, par la suite, en vertu d'une loi pour les fins limitées envisagées par cette loi. Voilà en fait la raison d'être fondamentale de la protection qu'accorde l'art. 8; il faut donc se garder de trop insister sur les aspects purement physiques de la saisie. Tant dans l'arrêt *Hunter* que dans l'arrêt *Dyment*, notre Cour a souligné que la protection de l'art. 8 est accordée aux personnes et non pas à des lieux ou à des choses. L'article 8 protège d'abord et avant tout le droit à la vie privée des particuliers et doit en conséquence s'interpréter d'une manière qui permet d'atteindre cet objectif. La déclaration suivante tirée de l'arrêt *Dyment*, aux pp. 429 et 430, est pertinente à ce propos:

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre

himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111. (Emphasis added.)

15 Two recent decisions, *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 and *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, serve to highlight the objective of section 8 and the importance of the interests protected. In *O'Connor*, *supra*, at pages 485-487, L'Heureux-Dubé J. stated:

It is apparent, however, that privacy can never be absolute. It must be balanced against legitimate societal needs. This Court has recognized that the essence of such a balancing process lies in assessing reasonable expectation of privacy, and balancing that expectation against the necessity of interference from the state: *Hunter*, *supra*, at pp. 159-60. Evidently, the greater the reasonable expectation of privacy and the more significant the deleterious effects flowing from its breach, the more compelling must be the state objective, and the salutary effects of that objective, in order to justify interference with this right. See *Dagenais*, *supra*.

In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, albeit in the context of a discussion of s. 8 of the *Charter*, a majority of this Court identified one context in which the right to privacy would generally arise in respect of documents and records (at p. 293):

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. (Emphasis added.)

de la communiquer ou de la taire comme il l'entend». Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111. (Je souligne.)

Deux décisions récentes, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, soulignent l'objectif de l'article 8 et l'importance des intérêts qu'il protège. Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, aux pages 485 à 487, le juge L'Heureux-Dubé déclare ce qui suit:

Il est toutefois apparent que la protection de la vie privée ne peut jamais être absolue. Elle doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société. Notre Cour a reconnu qu'un tel processus de pondération repose essentiellement sur l'évaluation de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et la pondération de cette attente en regard de la nécessité de l'intervention de l'État: *Hunter*, précité, aux pp. 159 et 160. Évidemment, plus l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée sera grande et plus les effets préjudiciables découlant de sa violation seront importants, plus l'objectif de l'État ainsi que les effets bénéfiques de cet objectif devront être impératifs afin de justifier toute entrave à ce droit. Voir *Dagenais*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, bien que dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour, à la majorité, a identifié un contexte dans lequel le droit à la protection de la vie privée serait généralement soulevé relativement à des documents et à des dossiers (à la p. 293):

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. (Je souligne.)

Although I prefer not to decide today whether this definition is exhaustive of the right to privacy in respect of all manners of documents and records, I am satisfied that the nature of the private records which are the subject matter of this appeal properly brings them within that rubric. Such items may consequently be viewed as disclosing a reasonable expectation of privacy which is worthy of protection under s. 7 of the *Charter*.

The essence of privacy, however, is that once invaded, it can seldom be regained. For this reason, it is all the more important for reasonable expectations of privacy to be protected at the point of disclosure. As La Forest J. observed in *Dyment, supra*, at p. 430:

... if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Invasions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. (Emphasis in last sentence added.)

In *Evans, supra*, Sopinka J., for the majority, reaffirmed the purpose of section 8 in the following words at page 16:

What then is the purpose of s. 8 of the *Charter*? Previous decisions of this Court make it clear that the fundamental objective of s. 8 is to preserve the privacy interests of individuals. As this Court stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160, the objective of s. 8 of the *Charter* is "to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy". Clearly, it is only where a person's reasonable expectations of privacy are somehow diminished by an investigatory technique that s. 8 of the *Charter* comes into play. As a result, not every form of examination conducted by the government will constitute a "search" for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a "search" within the meaning of s. 8.

16 As was again confirmed in *O'Connor, supra*, "privacy can never be absolute" and that "[i]t must be balanced against legitimate societal needs".

Bien que je préfère ne pas décider aujourd'hui s'il s'agit d'une définition exhaustive du droit à la protection de la vie privée à l'égard de toutes sortes de documents et de dossiers, je suis convaincue sans l'ombre d'un doute que la nature des dossiers privés qui font l'objet du présent pourvoi sont inclus sous cette rubrique. Ces renseignements peuvent, par conséquent, être considérés comme comportant une attente raisonnable qu'ils demeureront privés et donc seront dignes de protection en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Toutefois, l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité. Pour cette raison, il est d'autant plus important que les attentes raisonnables en matière de vie privée soient protégées au point de divulgation. Comme le juge La Forest le faisait observer dans *Dyment*, précité, à la p. 430:

... si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. (Je souligne la dernière phrase.)

Dans l'arrêt *Evans*, précité, le juge Sopinka, au nom de la majorité, réaffirme le but de l'article 8 dans les mots suivants à la page 16:

Quel est donc alors le but de l'art. 8 de la *Charte*? Des arrêts de notre Cour précisent clairement que l'art. 8 a pour objectif fondamental de protéger le droit des particuliers à la vie privée. Comme notre Cour l'a affirmé dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 160, l'art. 8 de la *Charte* a pour but de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée». De toute évidence, ce n'est que lorsque les attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée sont affectées d'une manière ou d'une autre par une technique d'enquête que l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Par conséquent, tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une «fouille ou perquisition». Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une «fouille ou perquisition» au sens de l'art. 8.

Comme il a de nouveau été confirmé dans *O'Connor*, précité, «la protection de la vie privée ne peut jamais être absolue» et «[e]lle doit être pondé-

16

Among those needs, as was recognized, for example, by La Forest J. in *Dyment, supra*, at page 430, is that of law enforcement. Moreover, whether the protection of section 8 applies depends on the particular context in which it is asserted: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312. Further, urgent or exigent circumstances may justify a warrantless search or seizure as, for example, with respect to narcotics: *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768. See also *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297.

rée en tenant compte des besoins légitimes de la société». Parmi ces besoins, comme l'avait reconnu, par exemple, le juge La Forest dans *Dyment*, précité, à la page 430, mentionnons l'application de la loi. De plus, la question de savoir si la protection offerte par l'article 8 s'applique dépend du contexte particulier dans lequel le droit est affirmé: *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.S.C. 312. En outre, des circonstances urgentes ou exigeantes peuvent justifier une fouille, une perquisition ou une saisie sans mandat, par exemple, dans le cas des narcotiques: *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768. Voir également *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297.

17 With the foregoing in mind I now turn to the first issue.

C'est donc dans ce contexte que j'aborde la première question. 17

Does section 8 protect information in the foreign bank records?

L'article 8 protège-t-il les renseignements contenus dans les dossiers bancaires étrangers?

18 This raises the question of whether the section 8 guarantee extends to information contained in the foreign bank records here involved. The appellant begins his argument by pointing out that all of the Supreme Court decisions relied on by the Motions Judge concerned situations of either a search or a seizure in Canada by Canadian law enforcement authorities. While he does not dispute that Canadian law entitles an individual to a privacy interest in his or her bank records and that, if those records are in Canada, the interest is protected by section 8 of the Charter, he submits that the situation is different where, as here, the records are outside of Canada. Nothing in the language of the Charter, he argues, evinces an intention of its framers to extend its reach beyond this country's borders. By requiring compliance with the Canadian standard for the issuance of a search warrant before the appellant conveyed the request to the Swiss authorities, the appellant submits, the Motions Judge gave the Charter extraterritorial application, thereby disregarding the decisions in *Harrer, supra*, and *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207.

Cette question nous oblige à déterminer si la garantie de l'article 8 s'étend aux renseignements contenus dans les dossiers bancaires étrangers dont il est question en l'espèce. L'appelant commence son analyse en signalant que toutes les décisions de la Cour suprême sur lesquelles s'est appuyé le juge des requêtes concernaient des situations applicables à une fouille, une perquisition ou une saisie effectuée au Canada par les autorités canadiennes d'application de la loi. Il ne conteste pas que le droit canadien accorde à un particulier un droit au respect de sa vie privée concernant ses documents bancaires et que, lorsque ces documents se trouvent au Canada, ce droit est protégé par l'article 8 de la Charte, mais il soutient qu'il en va autrement lorsque, comme en l'espèce, les documents sont à l'extérieur du Canada. Il n'y a rien dans le libellé de la Charte, selon lui, qui démontre l'intention des rédacteurs d'étendre son application au-delà des frontières canadiennes. En exigeant qu'il respecte une norme canadienne relativement à la délivrance d'un mandat de perquisition avant de pouvoir adresser sa demande aux autorités suisses, l'appelant prétend que le juge des requêtes a donné à la Charte une application extraterritoriale, allant ainsi à l'encontre des décisions *Harrer*, précitée, et *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207. 18

19 Indeed, the appellant submits that *Terry, supra*, is dispositive of the issue under discussion. That case must, of course, be understood in its factual context and what it actually decided. Terry was charged with first degree murder in British Columbia. He fled to Santa Rosa, California, where he was taken into custody by the local police pursuant to an arrest warrant issued by a U.S. District Court in connection with a Canadian request for extradition. Upon learning of the arrest, an officer of the RCMP at Prince George, British Columbia, asked the Santa Rosa police to take down any statement Terry cared to make after advising him of his American rights. He was given a “*Miranda* warning”, after which he made a statement to the police. The statement was found to be admissible at trial and he was convicted. The conviction was upheld on appeal. At issue before the Supreme Court of Canada was whether the failure of the Santa Rosa police to inform Terry of a right to counsel at the time of his arrest constituted a breach of his paragraph 10(b) Charter rights. It was argued that the statement should be excluded under subsection 24(2) of the Charter because of the alleged breach of paragraph 10(b). In holding that there had been no breach of that paragraph, McLachlin J. stated at pages 216-217:

The general rule that a state’s criminal law applies only within its territory is particularly true of the legal procedures enacted to enforce it; the exercise of an enforcement jurisdiction is “inherently territorial”: D. P. O’Connell, *International Law* (2nd ed. 1970), vol. 2, at p. 603. As La Forest J. wrote in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 15, “Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings undertaken by other states in their own territories”.

The practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country. Bilateral mutual legal assistance treaties negotiated under the authority of the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C., 1985, c. 30 (4th Supp.), stipulate that the actions requested of the assisting state shall be undertaken in accordance with its own laws, not those of the requesting state: see, for example, the *Treaty between the Government of Canada*

19 En fait, l’appellant prétend que l’arrêt *Terry*, précité, a déjà réglé la question à l’étude. Bien entendu, il faut remettre cette décision dans son contexte factuel en tenant compte des questions qui ont été décidées. Terry a été accusé de meurtre au premier degré en Colombie-Britannique. Il s’est enfui à Santa Rosa (Californie), où la police locale l’a arrêté conformément à un mandat d’arrestation décerné par une cour de district américaine à la suite d’une demande d’extradition présentée par le Canada. En apprenant l’arrestation de Terry, un agent de la GRC à Prince George (C.-B.) a demandé aux policiers de Santa Rosa de prendre en note toute déclaration que Terry consentirait à faire après l’avoir informé des droits qui lui étaient garantis aux États-Unis. On lui a donc fait une «mise en garde *Miranda*», après quoi il a fait une déclaration à la police. Au procès, cette déclaration a été jugée admissible et il a été reconnu coupable. La condamnation a été maintenue en appel. La Cour suprême du Canada devait décider si l’omission de la police de Santa Rosa d’informer Terry de son droit à l’assistance d’un avocat au moment de son arrestation constituait une violation de ses droits garantis par l’alinéa 10b) de la Charte. On a fait valoir que la déclaration devait être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte à cause de la présumée violation de l’alinéa 10b). En statuant qu’il n’y avait pas eu de violation de cet article, le juge McLachlin déclare ceci aux pages 216 et 217:

La règle générale voulant que le droit criminel d’un État ne soit applicable que sur son territoire s’applique tout particulièrement aux procédures adoptées pour l’appliquer; l’exercice d’une compétence pour appliquer la loi est [TRADUCTION] «intrinsèquement territorial»: D. P. O’Connell, *International Law* (2^e éd. 1970), vol. 2, à la p. 603. Comme le juge La Forest l’a écrit dans l’arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 15, «le Canada ne peut pas imposer l’application de ses exigences procédurales aux procédures engagées par d’autres États sur leur propre territoire».

La pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d’un pays applicables dans un autre. Les traités bilatéraux d’entraide juridique négociés sous le régime de la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. (1985), ch. 30 (4^e suppl.), prévoient que les mesures demandées à l’État qui prête assistance doivent être prises conformément à ses propres lois, et non à celles de l’État requérant: voir, par exemple, le *Traité d’entraide juridique en matière pénale entre le*

and the Government of the United States on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, Can. T.S. 1990 No. 19, Art. VII, s. 2. As Dilks J. noted in *R. v. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 520, “[t]he sovereign authority of Canada ends with the sending of the request” for assistance. Thus, if the Santa Rosa police in this case had been responding to a treaty request, they would not have been governed by the *Charter*.

Still less can the Charter govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken: See Williams and Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), at p. 320.

It follows that the *Charter* did not apply to the California police when they detained the appellant. They were subject only to American law. Their conduct cannot amount to a breach of the *Charter*. No breach of the *Charter* being established, the statement cannot be ruled inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*: *R. v. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27 (Ont. C.A.). [Emphasis added.]

It was also her view that there had been no “constructive” breach of a *Charter* right, and that it was not unfair to treat evidence gathered abroad differently than evidence gathered in Canada. Nor would a traveller abroad be left without a remedy where evidence was gathered in an abusive fashion. As she put it at pages 218-219:

The first answer to this argument is that s. 24(2) is not an independent source of *Charter* rights; it is merely a remedy for their breach. The argument amounts to a plea that this Court should, in the name of fairness, treat conduct which is not governed by the *Charter* as a “constructive” breach of the rights it protects. In short, we are asked to rewrite the *Charter*. That, in my view, is something this court cannot and should not do. The framers of the Charter must be taken to have been aware of the principle of international law which, as a general rule, precludes the application of domestic laws or procedural codes to a process of enforcement effected on foreign soil.

gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique, R.T. Can. 1990 n° 19, article VII, clause 2. Comme le juge Dilks le fait remarquer dans *R. c. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 520, [TRADUCTION] «l’autorité souveraine du Canada se limite à l’envoi de la demande» d’assistance. Par conséquent, si la police de Santa Rosa s’était trouvée, en l’espèce, à répondre à une demande fondée sur un traité, elle n’aurait pas été assujettie à la *Charte*.

La Charte peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité en question se déroule: voir Williams et Castel, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects* (1981), à la p. 320.

Il s’ensuit que la *Charte* ne s’appliquait pas aux policiers californiens lorsqu’ils détenaient l’appelant. Ils n’étaient assujettis qu’aux lois américaines. Leur conduite ne peut constituer une violation de la *Charte*. Comme on n’a établi l’existence d’aucune violation de la *Charte*, la déclaration ne peut être déclarée inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*: *R. c. Shafie* (1989), 47 C.C.C. (3d) 27, (C.A. Ont.). [Non souligné dans l’original.]

Elle a également exprimé l’opinion qu’il n’y avait pas de violation «par interprétation» d’un droit garanti par la *Charte* et qu’il n’était pas inéquitable de traiter la preuve recueillie à l’étranger différemment de la preuve recueillie au Canada. Les voyageurs ne sont pas pour autant laissés à la merci des abus qui peuvent être commis lors d’une collecte d’éléments de preuve à l’étranger. Comme elle l’indique aux pages 218 et 219:

La première réponse à cet argument est que le par. 24(2) n’est pas une source indépendante de droits garantis par la *Charte*; il ne constitue qu’un moyen de remédier à leur violation. L’argument revient à plaider que notre Cour devrait, au nom de l’équité, traiter une conduite non régie par la *Charte* comme si elle constituait une violation «par interprétation» des droits qui y sont protégés. Bref, on nous demande de récrire la *Charte*. C’est là, à mon avis, une chose que notre Cour ne peut pas et ne devrait pas faire. Il faut présumer que les rédacteurs de la Charte connaissaient le principe de droit international qui, en général, interdit l’application de lois ou de codes de procé-

It is not for this Court to so extend its ambit.

The second answer to this argument is that it is not in fact unfair to treat evidence gathered abroad differently from evidence gathered on Canadian soil. People should reasonably expect to be governed by the laws of the state in which they currently abide, not those of the state in which they formerly resided or continue to maintain a principal residence: *Harrer, supra*, at para. 50; *Tolofson, supra*. The appellant's argument amounts to asserting that a Canadian traveller takes Canadian law with him or her, a proposition that is belied by the principle that within its territory, a state is exclusively competent to exercise an enforcement jurisdiction.

Nor does this leave the traveller abroad without a remedy for abuse in the course of foreign evidence-gathering. As this Court articulated in *Harrer, supra*, while s. 24(2) of the *Charter* may not be available in such a case, other provisions are. The *Charter* guarantees the accused a fair trial: s. 11(d). More generally, the *Charter* provides that the accused's liberty cannot be limited except in accordance with the principles of fundamental justice: s. 7. To admit evidence gathered in an abusive fashion may well violate the principles of fundamental justice. For example, the common law confessions rule was extended in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. The principle against self-incrimination has similarly been held to be one of the principles of fundamental justice under s. 7: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* Iacobucci J. The accused may use these and other principles of fundamental justice to obtain redress for abuses abroad in gathering evidence subsequently tendered against him or her. [Emphasis added.]

Finally, McLachlin J. rejected the contention that policy reasons required the statement to be excluded when she stated, at pages 219-220:

I come finally to the appellant's argument on policy. The appellant argues that unless foreign police are "obliged" to conform to the *Charter*, Canadian police will circumvent *Charter* guarantees by gathering evidence through foreign police bound by lower procedural standards. I cannot accept this submission. First, it is the decision of the suspect to go abroad that triggers the application of the foreign law. Thus the situation was not one that can be created or manipulated by the Canadian police in order to facilitate gathering evidence. Second,

dure internes à un processus de maintien de l'ordre à l'étranger. Il n'appartient pas à notre Cour d'en élargir ainsi la portée.

La deuxième réponse à cet argument est qu'il n'est pas, en fait, inéquitable de traiter la preuve recueillie à l'étranger différemment de la preuve recueillie au Canada. Les gens devraient raisonnablement s'attendre à être régis par les lois du pays où ils se trouvent, et non pas celles du pays où ils résidaient antérieurement ou dans lequel ils maintiennent leur résidence principale: *Harrer*, précité, au par. 50; *Tolofson*, précité. L'argument de l'appellant revient à affirmer qu'un voyageur canadien emporte avec lui les lois canadiennes, ce que dément le principe voulant que tout État ait compétence exclusive sur son territoire quant aux lois qui s'y appliquent.

Le voyageur n'est pas pour autant laissé à la merci des abus qui peuvent être commis lors d'une collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Harrer*, précité, même s'il se peut que le par. 24(2) de la *Charte* ne puisse pas être invoqué dans ces circonstances, d'autres dispositions peuvent l'être. La *Charte* garantit à l'accusé un procès équitable: al. 11d). De façon plus générale, la *Charte* prévoit que la liberté de l'accusé ne peut être limitée que conformément aux principes de justice fondamentale; art. 7. Il se peut bien que l'utilisation d'éléments de preuve recueillis d'une façon abusive viole les principes de justice fondamentale. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la règle des confessions en common law a été élargie conformément aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. De même, on a jugé que le principe interdisant l'auto-incrimination était l'un des principes de justice fondamentale évoqués à l'art. 7: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le juge Iacobucci. L'accusé peut invoquer ces principes et d'autres principes de justice fondamentale pour obtenir réparation pour des abus commis à l'étranger lors de la collecte d'éléments de preuve subséquemment déposés contre lui. [Non souligné dans l'original.]

Finalement, le juge McLachlin a rejeté la prétention selon laquelle la déclaration devait être exclue pour des raisons de principe en déclarant ceci aux pages 219 et 220:

J'examine finalement l'argument de principe de l'appellant. L'appellant fait valoir qu'à moins que les policiers étrangers ne soient «forcés» de se conformer à la *Charte*, la police canadienne contournera les garanties de la *Charte* en recueillant des éléments de preuve par l'entremise de policiers étrangers qui sont tenus de respecter des normes procédurales moins strictes. Je ne puis retenir cet argument. Premièrement, c'est la décision du suspect d'aller à l'étranger qui déclenche l'application du droit étranger. Il ne s'agissait donc pas d'une situation qui peut

even if the *Charter* does not apply abroad, Canadian police have an incentive to encourage foreign police cooperating with them to observe high standards in order to avoid the possibility of having the evidence excluded or a stay entered on the ground that its use would violate the principles of fundamental justice or render the trial unfair. Finally, any attempt to bind foreign police by Canadian law would be impossible to regulate. Police are sworn to uphold the law of their own land, not someone else's. Moreover, the concurrence of two sets of legal obligations applicable to the same police force might well produce confusion. The foreign police may be initially investigating a suspect at the request of the RCMP, but if they have reason to believe he or she has committed an offence in their country as well, which country's procedural rules would they follow? How would a lawyer advise an accused about his or her rights? How could the accused make a sensible decision on what those rights are? The rules governing the gathering of evidence must be clear and simple, as well as fair. The general principle is that the law of the land in which one finds oneself governs the conduct of the enforcement process, supplemented, as fairness requires it, with the right to provide relief at trial. This affords the best chance of securing both clarity and fairness. [Emphasis added.]

être créée ou manipulée par la police canadienne afin de faciliter la collecte d'éléments de preuve. Deuxièmement, même si la Charte ne s'applique pas à l'étranger, la police canadienne a intérêt à encourager les policiers étrangers qui collaborent avec elle à respecter des normes strictes, afin d'éviter la possibilité que les éléments de preuve recueillis ne soient écartés ou qu'un arrêt des procédures ne soit ordonné pour le motif que l'utilisation de ces éléments violerait les principes de justice fondamentale ou rendrait le procès inéquitable. Enfin, toute tentative de forcer les policiers étrangers à observer le droit canadien serait impossible à mettre en pratique. Les policiers sont assermentés pour faire respecter les lois de leur propre pays, et non celles d'un autre. De plus, le fait que deux ensembles d'obligations juridiques soient simultanément applicables au même corps policier pourrait bien engendrer de la confusion. Il se peut qu'au départ des policiers étrangers enquêtent sur un suspect à la demande de la GRC, mais s'ils ont des motifs de croire qu'il a commis une infraction dans leur propre pays aussi, quelles règles de procédure suivraient-ils alors? Comment un avocat informerait-il l'accusé de ses droits? Comment l'accusé pourrait-il prendre une décision raisonnable sur l'état de ces droits? Les règles régissant la collecte d'éléments de preuve doivent être claires et simples, en plus d'être équitables. La règle générale veut que ce soit le droit du pays où quelqu'un se trouve qui régisse le déroulement du processus de maintien de l'ordre, le tout complété, comme l'exige l'équité, par le droit d'accorder réparation lors du procès. Cette règle offre les meilleurs chances de garantir tant la clarté que l'équité. [Non souligné dans l'original.]

20 In the earlier decision of *Harrer, supra*, respecting the admissibility at trial of a statement taken outside of Canada by foreign police, McLachlin J., concurring, stated at page 589:

Harrer, when in the United States, must be taken to bound by the law of the United States. Not only does the person outside Canada not enjoy the protections of the Charter, he or she must be taken to have accepted the procedures in place in the foreign jurisdiction, provided that they fall within the range of procedures generally accepted in free and democratic countries. Where the evidence has been obtained in conformity with the law of another country, concerns about unfairness are attenuated by the fact that the accused has submitted to the foreign jurisdiction and must be taken to have accepted the law of that jurisdiction. In Canada, every person has the right to expect that the authorities will comply with the Charter; outside Canada, their right is to be treated in accordance with the laws of the foreign country in question: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1049, *per La Forest J. Travellers to foreign countries must observe the laws of that country, and must accept that it is the laws and pro-*

Dans la décision antérieure *Harrer*, précitée, concernant l'admissibilité au procès d'une déclaration prise à l'extérieur du Canada par une police étrangère, le juge McLachlin, dans des motifs concordants, indiquait à la page 589:

Harrer, lorsqu'elle se trouve aux États-Unis, doit être considérée comme étant régie par la loi américaine. Non seulement la personne qui se trouve à l'extérieur du Canada ne jouit pas des protections de la Charte, mais encore elle doit être considérée comme ayant accepté les procédures en vigueur dans le pays étranger, pourvu qu'elles entrent dans la catégorie des procédures généralement acceptées dans les pays libres et démocratiques. Lorsque les éléments de preuve ont été obtenus conformément à la loi d'un autre pays, les préoccupations relatives à l'iniquité sont atténuées par le fait que l'accusé s'est soumis au ressort étranger et doit être considéré comme ayant accepté la loi de ce ressort. Au Canada, toute personne a le droit de s'attendre à ce que les autorités se conforment à la Charte; à l'extérieur du Canada, son droit est d'être traité en conformité avec les lois du pays étranger en question: *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1049, le juge La Forest. Les personnes qui voyagent dans

cedures of that country which will govern their existence there. Travellers to foreign countries must also be taken to know that law officers in different countries cooperate with each other, that extradition treaties exist, and that evidence taken in one state may be used in another. When these circumstances are taken into account, the alleged unfairness of the way Harrer was treated disappears. [Emphasis added.]

La Forest J., for the majority, opined that the Charter had no application in the circumstance because the foreign police were not acting as agents for the Canadian authorities. He underlined, at page 570, that his remarks were not “to be interpreted as giving credence to the view that the ambit of the *Charter* is automatically limited to Canadian territory”.

21 The appellant places heavy reliance on the above-quoted passages from *Terry*, *supra*, and *Harrer*, *supra*, and particularly the portions that I have underlined, and contends that these cases have authoritatively determined the issue under discussion against the respondent because, like those, the present case involves the gathering of evidence in a foreign country by authorities of that country. I am not persuaded, however, that this is a correct appreciation of what was actually decided. The principal issue in those cases was whether paragraph 10(b) of the Charter was engaged by the taking of a statement or statements in a foreign country by foreign police. The Supreme Court determined that the Charter was not engaged in either case because the Charter had no extraterritorial application in the circumstances. Thus in *Terry*, *supra*, that the gathering of evidence in the United States from Terry for use against him in a criminal prosecution in Canada was the focus of that decision is indicated by some of the language employed by McLachlin J.: e.g. “the process of enforcement effected on foreign soil”; “evidence gathered abroad”; and “[t]he general principle . . . that the law of the land in which one finds oneself governs the conduct of the enforcement process”. These words of qualification should not be ignored. While in *Terry*, *supra*, the statement was taken by the foreign police at the behest of the RCMP in Canada, that fact does not appear to have

un pays étranger doivent observer les lois de ce pays et reconnaître que ce sont ses lois et ses procédures qui y régiront leur existence. Les voyageurs en pays étranger sont également censés savoir que les officiers de police de divers pays coopèrent les uns avec les autres, qu’il existe des traités d’extradition et que les éléments de preuve recueillis dans un pays peuvent être utilisés dans un autre. Lorsque ces circonstances sont prises en considération, la prétendue iniquité dans la façon dont Harrer a été traitée disparaît. [Non souligné dans l’original.]

Le juge La Forest, au nom de la majorité, a exprimé l’avis que la Charte ne s’appliquait pas dans les circonstances parce que la police étrangère n’agissait pas à titre de mandataire des autorités canadiennes. Il souligne, à la page 570, que ses remarques ne devaient pas être «interprétées comme signifiant que la portée de la *Charte* est obligatoirement limitée au territoire canadien».

L’appelant attache beaucoup d’importance aux passages ci-dessus de *Terry* et de *Harrer*, précités, et particulièrement aux passages que j’ai soulignés, et fait valoir que ces décisions ont réglé de façon définitive la question à l’étude d’une façon défavorable à l’intimé parce que, au même titre que ces décisions, l’affaire en l’espèce concerne la collecte d’éléments de preuve dans un pays étranger par les autorités de ce pays. Toutefois, je ne suis pas convaincu qu’il s’agit là d’une appréciation exacte de ce qui a réellement été décidé. La question principale qui se posait dans ces affaires était de savoir si l’alinéa 10b) de la Charte trouvait application dans les cas où une ou plusieurs déclarations étaient recueillies par la police d’un pays étranger. La Cour suprême a décidé que la Charte ne trouvait application ni dans un cas ni dans l’autre parce qu’elle n’avait pas d’application extraterritoriale dans les circonstances. Ainsi, dans l’arrêt *Terry*, précité, le fait que la collecte d’éléments de preuve aux États-Unis fournis par Terry lui-même pour être utilisés contre lui dans une poursuite criminelle au Canada était le point essentiel de cette décision ressort clairement de certaines remarques formulées par le juge McLachlin, par exemple «un processus de maintien de l’ordre à l’étranger»; «la preuve recueillie à l’étranger»; et «la règle générale . . . que ce soit le droit du pays où quelqu’un se trouve qui régisse le déroulement du processus de maintien de l’ordre». Il

formed the basis of any argument that the Charter was thereby engaged. In my view, therefore, neither *Terry, supra*, nor *Harrer, supra*, is conclusive of the issue under consideration. It thus becomes necessary to consider the second issue, namely whether the request constituted a “search” or “seizure” under section 8 of the Charter.

Is the request a “search” or “seizure”?

22 The appellant submits the request procedure adopted in this case did not amount to either a “search” or a “seizure” because there could never be in Canada a “search” or a “seizure” of the bank records or of the information contained therein by the Canadian authorities for the simple reason that these records are physically located in Switzerland. In any event, a “search” or “seizure” could not occur in that country until after the Swiss authorities had accepted the request, something they were not obliged to do. The mere making of the request, it is said, did not breach a section 8 right, and it is of no moment that, as the Motions Judge found, “Canada would not send a letter of request to an unfriendly, uncooperative state” and that “the Canadian officials knew that the Swiss authorities would seize the requested records”. In short, there was simply no “search” or “seizure” in Canada to which section 8 of the Charter could attach.

23 The Motions Judge did not deal explicitly with this issue in deciding that section 8 was engaged. What was significant to him was that the information sought by the Canadian authorities through the Swiss authorities would be used in a criminal prosecution of the respondent in Canada, and that the request was more than a “mere request”. As he put it, in making the request “the Canadian officials knew that the Swiss authorities would seize the requested records, subject, of course, to Swiss law”, and that “there was a reasonable expectation of its

ne faut pas ignorer ces mots. Même si, dans l’arrêt *Terry*, précité, la déclaration a été prise par la police étrangère à la demande de la GRC, ce fait ne semble pas avoir fondé d’argument selon lequel la Charte trouvait dès lors application. À mon avis, donc, ni *Terri*, précité, ni *Harrer*, précité, n’apporte de réponse concluante à la question à l’étude. Il faut donc examiner la deuxième question, savoir si la demande constitue «une fouille, une perquisition ou une saisie» au sens de l’article 8 de la Charte.

La demande constitue-t-elle «une fouille, une perquisition ou une saisie»?

L’appelant fait valoir que la procédure de demande adoptée en l’espèce ne constitue pas «une fouille, une perquisition ou une saisie» parce qu’il n’aurait pu y avoir au Canada «de fouille, de perquisition ou de saisie» des dossiers bancaires ou des renseignements s’y trouvant par les autorités canadiennes, pour la simple raison que ces documents se trouvent matériellement en Suisse. De toute façon, la «fouille, perquisition ou saisie» ne pouvait avoir lieu dans ce pays qu’après que les autorités suisses eurent accepté la demande, ce à quoi elles n’étaient pas tenues. La simple présentation de la demande, prétend-on, ne contrevient pas à un droit garanti par l’article 8, et il importe peu, comme le juge des requêtes a conclu, que «le Canada n’enverrait pas une lettre de demande à un État hostile et peu coopératif» et que «les autorités canadiennes savaient que les autorités suisses saisiraient les dossiers demandés». Bref, il n’y a tout simplement pas eu de «fouille, perquisition ou saisie» au Canada auxquelles l’article 8 de la Charte pourrait s’appliquer.

Le juge des requêtes n’a pas traité explicitement de cette question pour décider si l’article 8 trouvait application. Ce qu’il a jugé important, c’est le fait que les renseignements demandés par les autorités canadiennes par l’entremise des autorités suisses seraient utilisés dans une poursuite criminelle contre l’intimé au Canada et qu’il ne s’agissait pas «simple- ment d’une demande». Comme il le dit lui-même, en présentant la demande, «les autorités canadiennes savaient que les autorités suisses saisiraient les dossiers demandés, sous réserve bien entendu du droit

acceptance, and a likelihood of it being acted upon". The respondent supports that view and adds that the request engages the Charter because it "set in motion" the search and seizure in Switzerland. The respondent further contends that the request was otherwise improper because it amounted to a "fishing expedition". In my view, however, this begs the question of whether the request itself represented a "search" or "seizure". The fact that the Swiss authorities could be expected to act on the request is surely not the same as saying that the request constituted a "search" or a "seizure" in Canada. In fact the Motions Judge himself understood the question before him as being [at page 941], "whether the standard required by section 8 of the Charter should apply to the letter of request procedure in Canada, prior to the search or seizure taking place". (Emphasis added.)

24 The Supreme Court has provided some guidance of the reach of the words "search" and "seizure" in section 8. In *Dyment, supra*, La Forest J. stated, at page 431, that "the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent", a position reiterated by him in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 502. Essentially the same position was adopted both by Wilson J. and Sopinka J., at pages 493 and 610, respectively, who shared the view of Marceau J.A. in *Zeigler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), at page 630, that a seizure is "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will". See also *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, *per* Wilson J., at page 641. These definitions must, of course, be understood with the purpose of the Charter, as discussed in *Hunter, supra* and in subsequent decisions of the Supreme Court, in mind. What is clear, as has been pointed out by S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury, *Search*

suisse», et «on s'attendait raisonnablement à ce qu'elle soit acceptée et il était probable qu'on y donnerait suite». L'intimé appuie cette opinion et ajoute que la demande entraîne l'application de la Charte parce qu'elle «met en marche» le processus de fouille, de perquisition et de saisie en Suisse. L'intimé prétend de plus que la demande était par ailleurs inappropriée parce qu'elle équivaut à des «recherches à l'aveuglette». Toutefois, à mon avis, cette affirmation ne fait qu'éluider la question de savoir si la demande elle-même représentait une «fouille, une perquisition ou une saisie». Le fait qu'on pouvait s'attendre à ce que les autorités suisses donnent suite à la demande ne revient sûrement pas à dire que la demande constituait une «fouille, une perquisition ou une saisie» au Canada. En fait, le juge des requêtes a interprété comme suit la question dont il était saisi [à la page 941]: «si la norme requise par l'article 8 de la Charte devrait s'appliquer aux formalités canadiennes relatives aux lettres de demande, antérieurement aux fouilles, aux perquisitions ou aux saisies». (Non souligné dans l'original.)

La Cour suprême a fourni quelques indications concernant la portée des mots «fouille, perquisition ou saisie» utilisés à l'article 8. Dans l'arrêt *Dyment*, précité, le juge La Forest déclare à la page 431 qu'«il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement», opinion qu'il a réitérée dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la page 502. Essentiellement, la même position a été adoptée par les juges Wilson et Sopinka, aux pages 493 et 610, respectivement, qui partageaient aussi l'opinion du juge d'appel Marceau dans *Zeigler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.), à la page 630, selon laquelle une saisie «[c]'est l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne». Voir également *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, le juge Wilson, à la page 641. Bien entendu, ces définitions doivent s'interpréter en fonction de l'objectif de la Charte, comme le souligne *Hunter*, précité, et les décisions subsé-

and *Seizure Law in Canada* (Carswell: Scarborough, 1993), at page 2-5, is that “a governmental action amounts to a ‘search and seizure’ if the action violates the privacy of a person”. While the word “search” has not been defined in the case law with similar specificity it, as *Evans, supra*, illustrates, connotes some form of examination by governmental authorities. As well, a “search” for information depends on the existence of a reasonable expectation of privacy in that information: *Plant, supra, per Sopinka J.*, at page 291 *et seq.* See also *Dyment, supra, per La Forest J.*, at pages 429-430.

quentes de la Cour suprême du Canada. Ce qui ressort clairement, comme l’ont signalé S. C. Hutchison, J. C. Morton et M. P. Bury, dans leur ouvrage *Search and Seizure Law in Canada* (Carswell: Scarborough, 1993), à la page 2-5, c’est [TRADUCTION] qu’«une mesure gouvernementale constitue une “fouille, une perquisition ou une saisie” si elle porte atteinte à la vie privée d’une personne». Bien que les mots «fouille ou perquisition» n’aient pas été définis dans la jurisprudence avec autant de précision, ils impliquent, comme le démontre l’arrêt *Evans*, précité, une certaine forme d’inspection par les autorités gouvernementales. De même, une «fouille ou une perquisition» effectuée pour trouver des renseignements dépend de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée applicable à ces renseignements: voir *Plant*, précité, le juge Sopinka, aux pages 291 et suivantes. Voir également *Dyment*, précité, le juge La Forest, aux pages 429 et 430.

25 The importance of the request to the process that ended with the search or seizure of information in the foreign bank records cannot be denied. It may be inferred, indeed, that without it the Swiss authorities would not have acted as they did. They accepted the request and proceeded to search and seize as they had been requested to do. The making of the request did not, in my view, constitute either a search or a seizure of the bank records so as to engage the protection of the section 8 guarantee. It was the method chosen by the Canadian authorities to accomplish, if they could, a search or seizure of the records in Switzerland. The case affords another example of cooperation between law officers of different countries in investigating suspected criminal activity with an international dimension. While the request process ended with a search and seizure of the bank records in Switzerland, in my view it did not of itself in Canada constitute either.

L’importance de la demande dans le déroulement du processus qui s’est terminé par la fouille, la perquisition ou la saisie des renseignements contenus dans les dossiers bancaires étrangers ne peut être niée. On peut en effet inférer que sans cette demande les autorités suisses n’auraient pas agi comme elles l’ont fait. Elles ont accepté la demande et elles ont procédé à la perquisition et à la saisie qu’on leur avait demandé de faire. La présentation de la demande ne constitue pas, à mon avis, une fouille, une perquisition ou une saisie des dossiers bancaires permettant d’invoquer la protection offerte par l’article 8. C’est la méthode qu’ont choisie les autorités canadiennes pour procéder, si elles le pouvaient, à une fouille, une perquisition ou une saisie de certains dossiers situés en Suisse. Cette affaire fournit un autre exemple de coopération entre les policiers de différents pays dans des enquêtes sur des activités criminelles présumées ayant une dimension internationale. Bien que la demande se soit terminée par une fouille, une perquisition et une saisie de dossiers bancaires en Suisse, cela ne constitue pas en soi, à mon avis, une fouille, une perquisition ou une saisie au Canada.

26 The respondent quite properly points out that, as was stated by La Forest J. In *Dyment, supra*, at page

L’intimé signale de façon tout à fait appropriée que, comme l’a indiqué le juge La Forest dans

430, if the privacy interest of an individual is to be protected “against unreasonable search and seizure” it is “inherent in the notion of being secure” that we do not wait to vindicate that interest “only after it has been violated”. He argues from this that by preparing and sending the request to the Swiss authorities the Canadian authorities violated rights that are protected by section 8. It is of no moment, he contends, that the Canadian authorities did not in fact play any part in the actual search and seizure of his bank records in Switzerland and that the conduct of the Swiss authorities in doing so was governed entirely by Swiss laws. I am unable to agree. The decisions of the Supreme Court on section 8 beginning with *Hunter, supra*, have made it clear that the Charter is intended to constrain governmental action inconsistent with the rights and freedoms it enshrines. In that case, Dickson J. stated, at page 160, that the objective of section 8 is “to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy”, a view which has been affirmed in subsequent decisions including most recently by La Forest J. in *Colarusso, supra*, at pages 52-53, and by Sopinka J. in *Evans, supra*, at page 16. The governmental action that is constrained by virtue of section 8 “is unreasonable search and seizure”. In my view, the sending of the request did no more than ask that a search and seizure of the respondent’s bank records be conducted in Switzerland by the Swiss authorities in accordance with the laws of that country. This is the only conduct that is challenged in this case. The fact that the Canadian authorities made the request and that they had a reasonable expectation the Swiss authorities would accept and act upon it did not, to my mind, convert the request into the type of governmental action that is proscribed by section 8. To conclude that section 8 is engaged because the Canadian authorities sent the request to Switzerland even though they could not and did not conduct any search and seizure there would be to contort the language of this important protection and to give it application where no governmental action of the kind envisaged by the section is involved. It would be wrong, in my view, to emphasize the word “secure” at the expense of the remaining language of section 8, when that section guarantees the right to be secure against “unreason-

Dyment, précité, à la page 430, si le droit à la vie privée d’une personne est protégé «contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives» il est «inhérent à la notion de protection» que nous n’attendions pas de faire valoir ce droit «qu’après qu’il a été violé». Il poursuit en disant qu’en préparant et en envoyant la demande aux autorités suisses, les autorités canadiennes ont violé des droits qui étaient protégés par l’article 8. Il importe peu, selon lui, de savoir que les autorités canadiennes n’ont en fait joué aucun rôle dans la fouille, la perquisition et la saisie véritables de ses dossiers bancaires en Suisse et que la conduite des autorités suisses à cet égard était entièrement régie par le droit suisse. Je ne puis retenir cet argument. Les décisions de la Cour suprême concernant l’article 8, depuis *Hunter*, précité, ont clairement établi que la Charte a pour but de restreindre les mesures gouvernementales qui sont incompatibles avec les droits et les libertés qu’elle enchâsse. Dans cette affaire, le juge Dickson déclare à la page 160 que l’article 8 «a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée», opinion qui a été confirmée dans des décisions subséquentes, notamment la décision récente du juge La Forest dans l’arrêt *Colarusso*, précité, aux pages 52 et 53, et par le juge Sopinka, dans l’arrêt *Evans*, précité, à la page 16. Les mesures gouvernementales visées à l’article 8 sont «les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives». À mon avis, la demande ne réclamait rien de plus qu’une fouille, une perquisition et une saisie des dossiers bancaires de l’intimé en Suisse par les autorités suisses conformément au droit de ce pays. C’est la seule conduite qui est contestée en l’espèce. Le fait que les autorités canadiennes aient présenté la demande et qu’elles se soient raisonnablement attendues à ce que les autorités suisses l’acceptent et y donnent suite ne contribue pas, à mon avis, à faire de cette demande le type de mesure gouvernementale prohibée par l’article 8. Conclure que l’article 8 s’applique parce que les autorités canadiennes ont envoyé la demande en Suisse même si elles ne pouvaient pas effectuer et n’ont pas effectué la fouille, la perquisition et la saisie, aurait pour effet de déformer le libellé de cette protection importante et de lui donner effet même en l’absence de mesure gouvernementale du type envisagé par l’article. À mon

able search and seizure” by Canadian state actors. In the present case, as I understand the facts, the Canadian authorities neither possessed the ability to carry out a search or seizure in Switzerland nor requested that the Swiss authorities should do so as their agents.

27 This is not to suggest that any evidence gathered by the Swiss authorities in effectuating the request could be used automatically in any criminal prosecution of the respondent in Canada for, as *Terry, supra*, shows, any abuse in the course of gathering such evidence would afford a basis for excluding it if the abuse affected the fairness of the trial. Nor is it to suggest that, apart from the Charter, the Canadian standard for the issuance of a search warrant could not, theoretically, by some modification of the current practice, be made to apply to the request procedure in Canada. However, I cannot see how that possibility assists the respondent’s argument that, indeed, the Charter imposes adherence to that standard, which is the only issue this Court is called upon to address on this appeal.

28 In view of the foregoing conclusion, it is not necessary to canvass the third issue argued before us. Nor need I address an ultimate question that would have arisen if I had decided to dismiss the appeal, namely whether and on what terms the judgment of this Court should be suspended in order to allow time for the appellant to seek leave to appeal to the Supreme Court of Canada. An order of the Trial Division of August 15, 1996 [[1996] 3 F.C. 947] suspended the effects of the judgment pending the present appeal on various terms including the appellant’s request of the Swiss authorities that they “take no further action on the letter of request . . . related, *inter alia*, to the banking records” of the respondent.

avis, j’aurais tort de mettre l’accent sur le mot «protection» au détriment du reste du texte de l’article 8, lorsque cet article garantit le droit à la protection contre «les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives» par des autorités canadiennes. En l’espèce, selon mon interprétation des faits, les autorités canadiennes n’avaient pas la possibilité d’effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie en Suisse, et elles n’ont pas demandé que les autorités suisses procèdent à cette fouille, cette perquisition ou cette saisie en tant que leur mandataire.

27 La Cour ne veut pas laisser entendre que tous les éléments de preuve recueillis par les autorités suisses en réponse à la demande pourraient automatiquement être utilisés dans toute poursuite criminelle contre l’intimé au Canada étant donné que, comme l’arrêt *Terry*, précité, le démontre, tout abus perpétré dans la collecte de ces éléments de preuve pourrait justifier leur exclusion si cet abus portait atteinte à l’équité du procès. La Cour ne veut pas non plus laisser entendre qu’en dehors de la Charte la norme canadienne applicable à la délivrance d’un mandat de perquisition ne pourrait pas, en théorie, par suite d’une modification quelconque de la pratique actuelle, s’appliquer à cette procédure de demande au Canada. Toutefois, je ne vois pas comment cette possibilité peut aider l’argument de l’intimé selon lequel la Charte impose effectivement le respect de cette norme, ce qui est la seule question dont la Cour est saisie dans le cadre du présent appel.

28 Compte tenu de la conclusion précitée, il n’est pas nécessaire de traiter de la troisième question dont la Cour est saisie. Il n’est pas non plus nécessaire d’aborder la dernière question qui aurait été posée si j’avais décidé de rejeter l’appel, c’est-à-dire de savoir si et à quelles conditions le jugement de la présente Cour pourrait être suspendu afin de donner à l’appelant le temps de présenter une demande d’autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada. Une ordonnance de la Section de première instance en date du 15 août 1996 [[1996] 3 C.F. 947] a suspendu l’effet du jugement en attendant le règlement du présent appel selon plusieurs conditions, notamment la demande de l’appelant pour que les autorités suisses ne [TRADUCTION] «donnent

aucune autre suite à la lettre de demande . . . ayant trait, notamment, aux dossiers bancaires» de l'intimé.

DISPOSITION

- 29 I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Trial Division and answer the question posed by the special case in the negative.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

- 30 LINDEN J.A.: The question of law to be decided in this appeal, as agreed by the parties pursuant to Rule 475,¹ is as follows:

Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the letter of request asking Swiss authorities to search for and seize the plaintiff's banking documents and records?

- 31 On September 29, 1995, a letter of request was sent, on behalf of the Minister of Justice and the Attorney General of Canada, to the Competent Legal Authority of Switzerland (the Swiss authorities) requesting their assistance in the investigation of an alleged criminal offence under subsection 121(1) of the *Criminal Code* of Canada.² The facts provided to the Swiss authorities in the letter of request as the basis for the criminal investigation describe "an ongoing scheme by Mr. Mulroney, Mr. Moores, and Mr. Schreiber to defraud the Canadian government of millions of dollars of public funds from the time Mr. Mulroney took office in September, 1984 until he resigned in June, 1993".³ This alleged scheme involved the possible payment of funds to Mr. Moores and Mr. Mulroney in order to ensure that various lucrative Canadian contracts went to certain companies. The letter requested, among other things, that the Swiss authorities provide the Canadian government with all banking information available at

DISPOSITIF

- Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, 29
d'annuler le jugement de la Section de première instance et de répondre négativement à la question posée dans le mémoire spécial.

* * *

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

- LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question de droit 30
qu'il faut trancher dans le présent appel, acceptée par les parties aux termes de la Règle 475¹, est formulée dans les termes suivants:

La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et le [sic] procureur général du Canada n'aient [sic] présenté aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur?

- Le 29 septembre 1995, une lettre de demande a 31
été envoyée, au nom du ministre de la Justice et du procureur général du Canada, aux autorités compétentes de Suisse (les autorités suisses) requérant leur assistance pour mener une enquête sur une allégation d'infraction criminelle contraire au paragraphe 121(1) du *Code criminel* du Canada². Les faits fournis aux autorités suisses dans la lettre de demande comme fondement à l'enquête criminelle font état [TRADUCTION] «de la mise en œuvre suivie d'un plan élaboré par M. Mulroney, M. Moores et M. Schreiber pour priver le gouvernement canadien de millions de dollars de fonds publics depuis l'entrée en fonction de M. Mulroney en septembre 1984 jusqu'à son départ en juin 1993»³. Cette allégation portait sur le paiement possible de fonds à M. Moores et à M. Mulroney en vue d'assurer à certaines sociétés l'octroi de plusieurs contrats lucratifs canadiens. La lettre demandait notamment aux autorités suisses de remettre au gouvernement canadien

the Schweizerischer Bankverein Zurich (the Swiss Banking Corporation) for Karlheinz Schreiber, Frank Moores, Brian Mulroney, International Aircraft Leasing and Kensington Anstalt. The letter further asked that “any business record obtained in response to this request be accompanied by a certification as described in order to meet the admissibility requirements of the Canada Evidence Act”.

tous les renseignements bancaires disponibles à la Schweizerischer Bankverein Zurich (la Swiss Banking Corporation) sur Karlheinz Schreiber, Frank Moores, Brian Mulroney, International Aircraft Leasing et Kensington Anstalt. La lettre demandait de plus que [TRADUCTION] «tout document commercial obtenu par suite de cette demande soit accompagné de l’attestation décrite afin de satisfaire aux conditions d’admissibilité en preuve posées par la Loi sur la preuve au Canada».

32 In response to the letter of request, the Swiss authorities issued an order for the seizure of the requested documents, which are now in the possession of the Swiss Chief Federal Prosecutor, pending the outcome of this litigation. According to the agreed statement of facts prepared by the parties, “[p]rior to delivery of the Letter of Request no Search Warrant or other judicial authorization, supported by information on oath, had been obtained in Canada with respect to the seizure of the plaintiff’s Swiss banking documents and records”. In other words, because the proposed search was to be made abroad, the usual procedure for domestic searches, a system that complies with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,⁴ was not followed.

32 En réponse à la lettre de demande, les autorités suisses ont délivré une ordonnance pour faire saisir les documents demandés, qui sont maintenant en possession du premier procureur fédéral suisse, en attendant le règlement du présent litige. Selon l’exposé conjoint des faits préparé par les parties, «[a]ntérieurement à la présentation de la lettre de demande, aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire, étayés par des dénonciations sous serment, n’ont été obtenus au Canada relativement à la saisie des documents et des dossiers bancaires suisses du demandeur». Autrement dit, étant donné que la perquisition proposée devait être faite à l’étranger, la procédure habituelle pour les fouilles et les perquisitions au Canada, procédure qui est assujettie à la *Charte canadienne des droits et libertés*,⁴ n’a pas été suivie.

33 The plaintiff and respondent on this appeal, Karlheinz Schreiber, one of the individuals named in the letter of request, is a Canadian citizen who resides both in Canada and in Europe. He is also the owner of International Aircraft Leasing and Kensington Anstalt. Through his counsel, he contends that the constitutional guarantees contained in the Charter should cover the letter of request. Counsel for the Crown argues that, this being a request for a search to be done abroad, it is not regulated by the Charter, which applies only to searches done in Canada.

33 Le demandeur et intimé dans le présent appel, Karlheinz Schreiber, l’une des personnes mentionnées dans la lettre de demande, est un citoyen canadien qui réside tant au Canada qu’en Europe. Il est également propriétaire d’International Aircraft Leasing et de Kensington Anstalt. Par l’entremise de son avocat, il fait valoir que les garanties constitutionnelles enchâssées dans la Charte devraient s’appliquer à la lettre de demande. L’avocat du ministère public prétend que, comme il s’agit d’une demande de fouille ou de perquisition à effectuer à l’étranger, cette demande n’est pas régie par la Charte, qui ne s’applique qu’aux fouilles et aux perquisitions effectuées au Canada.

The Issues

Les questions en litige

34 The question before this Court requires an analysis of section 8 of the Charter, which constitu-

34 La question dont est saisie la Cour exige une analyse de l’article 8 de la Charte, qui constitution-

tionalizes a minimum standard for government search and seizure. It states:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The Canadian standard for the issuance of a search warrant, as referred to in the question for adjudication, is based on the right “to be secure against unreasonable search or seizure”. The standard was set by Dickson J., as he then was, in *Hunter et al. v. Southam Inc.* as “reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search”.⁵ Whether this standard applies to the letter of request depends on two central issues: first, would the application of the Charter to a request for assistance from another country mean that impermissible extraterritorial effect would be given to the Charter; and, second, would the letter of request interfere with the respondent’s right to security from unreasonable search and seizure?

nalise une norme minimale à respecter dans le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies effectuées par le gouvernement. L’article 8 est ainsi rédigé:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

La norme canadienne relative à la délivrance d’un mandat de perquisition, qui a été mentionnée dans la question à l’étude, se fonde sur le droit «à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». La norme a été énoncée par le juge Dickson, plus tard juge en chef, dans *Hunter et al. c. Southam Inc.* de la façon suivante: «l’existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition»⁵. La question de savoir si cette norme s’applique à la lettre de demande repose sur deux points principaux: premièrement, l’application de la Charte à une demande d’assistance provenant d’un autre pays signifierait-elle qu’une portée extraterritoriale inadmissible serait donnée à la Charte; et deuxièmement, la lettre de demande porte-t-elle atteinte au droit de l’intimé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives?

35 Whether the search or seizure proposed to be conducted by the government would in fact satisfy the Canadian standard for the issuance of a search warrant is not an issue before this Court. The question on appeal asks only whether the Canadian standard for the issuance of a search warrant was “required to be satisfied” and the appellant has deliberately led no evidence regarding whether “reasonable grounds” existed for the sending of the letter of request. The conduct of the Swiss authorities in responding to the letter of request is also not at issue in this appeal. It is agreed by the parties that “the applicability and validity of the law under which the Swiss authorities acted is not relevant to the determination of this question”. The action of the Canadian officials in sending the letter of request is the only conduct under scrutiny in this case.

35 La Cour n’a pas à se prononcer sur la question de savoir si la fouille, la perquisition ou la saisie que se propose d’effectuer le gouvernement respecterait en fait la norme canadienne relative à la délivrance d’un mandat de perquisition. La question dans le présent appel ne consiste qu’à savoir si la norme canadienne relative à la délivrance d’un mandat de perquisition «devait être respectée» et l’appellant n’a délibérément produit aucun élément de preuve pour déterminer s’il existait des «motifs raisonnables» à l’envoi de la lettre de demande. La conduite des autorités suisses dans la réponse à la lettre de demande n’est pas non plus contestée dans le présent appel. Les parties s’accordent en fait à dire que «l’applicabilité et la validité du droit en vertu duquel les autorités suisses ont agi ne se rapportent pas au règlement de cette question». Les mesures prises par les agents canadiens pour l’envoi de la lettre de demande sont les seules qui sont à l’étude en l’espèce.

36 At the time the letter of request was sent, no treaty governing the use of international requests for mutual assistance was in place between Canada and Switzerland.⁶

37 Where no mutual assistance treaty is in force, international law indicates that letters of request are the recognized mode of communication and co-operation between states. D. D. Spinellis describes the international procedures which are usually followed in the sending of such letters:⁷

The object of the request is to have the requested evidence collected. The reasons for the request are the circumstances for which the taking of evidence in the territory of the requested state is necessary. It should be noted that before requesting such judicial assistance, the requesting authority must have adequate suspicion with respect to the offense and the person concerned. The act requested should be aimed toward corroborating a suspicion against an identified offender with regard to clearly described circumstances. The request should be based on certain already existing evidence and not used as a means for deciding whether any grounds for suspicion exist or whether pieces of evidence exist.

It will be noted that "suspicion" is a sufficient basis for these international requests. While these principles govern the international recognition of the letter of request, they do not shed any light on the internal procedures or standards to be applied by the requesting state. Hence, our difficulty.

38 On November 17, 1995, several weeks after the letter of request was sent to the Swiss authorities according to international custom, the *Treaty between Canada and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters*⁸ came into force. Article 1 of the Treaty establishes a reciprocal obligation to provide mutual assistance on a broad range of measures relevant to the investigation and prosecution of criminal offences, as listed in Article 1(3), including the taking of testimony or other statements and producing documents and records. Most importantly, Article 5 provides that "[a] request shall be executed in accordance with the law of the Requested State".

36 Au moment de l'envoi de la lettre de demande, il n'y avait pas de traité entre le Canada et la Suisse concernant les demandes internationales d'entraide juridique⁶.

37 Dans les cas où il n'y a pas de traité d'entraide juridique en vigueur, les lettres de demande sont, en vertu du droit international, le mode de communication et de coopération reconnu entre les États. D. D. Spinellis décrit les formalités internationales habituellement suivies dans l'envoi de lettres de ce genre⁷:

[TRADUCTION] La demande doit avoir pour objet de recueillir les éléments de preuve demandés. Elle est motivée par les circonstances qui rendent nécessaires la collecte d'éléments de preuve sur le territoire de l'État requis. Il convient de noter qu'avant de demander cette assistance judiciaire, l'État requérant doit avoir des soupçons suffisants liant la personne concernée à l'infraction. Les mesures demandées doivent avoir pour but de corroborer les soupçons entretenus à l'égard d'un contrevenant identifié relativement à des circonstances clairement décrites. La demande doit se fonder sur des éléments de preuve déjà existants et ne peut servir à décider s'il existe des motifs quelconques de soupçonner une personne ou s'il existe des éléments de preuve.

On notera qu'il suffit d'avoir des «soupçons» pour avoir recours à ces demandes internationales. Ces principes régissent l'acceptation à l'échelle internationale de la lettre de demande mais ils ne jettent aucune lumière sur les procédures ou les normes internes devant être suivies par l'État requérant. D'où la difficulté devant laquelle se trouve la Cour.

38 Le 17 novembre 1995, plusieurs semaines après que la lettre de demande eut été envoyée aux autorités suisses conformément à la coutume internationale, le *Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la Confédération suisse*⁸ est entré en vigueur. L'article premier du Traité établit une obligation réciproque d'accorder l'entraide relativement à un large éventail de mesures ayant trait aux enquêtes et aux procédures judiciaires relatives à des infractions criminelles, énumérées au paragraphe 1(3), notamment la prise de témoignages ou d'autres déclarations et la remise de documents et dossiers. Ce qui est plus important, l'article 5 dispose qu'une «demande est exécutée conformément au droit de l'État requis».

39 The regulation of international requests for assistance by treaties such as the one which now exists between Canada and Switzerland places certain obligations on the parties to the treaty. In Canada, these treaty obligations are carried out according to the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*,⁹ which has been in force in Canada since October 1, 1988. Subsection 11(2) of the Act provides that, once the request of a foreign state for a search or seizure has been approved by the Minister of Justice, a competent authority in Canada must “apply *ex parte* for a search warrant to a judge of the province in which the competent authority believes that the evidence of the commission of the offence may be found”. Section 12 of the Act states that the search warrant may be granted where statements under oath establish that there are reasonable and probable grounds to believe that “an offence has been committed with respect to which the foreign state has jurisdiction” and evidence or information about the offence “will be found in a building, receptacle or place in the province”.

40 As a result, persons being investigated by a foreign state which seeks assistance from Canadian authorities will have the full benefit of the Canadian standard for the issuance of a search warrant. However, neither the Treaty nor the Act address the exact issue before this Court, that is, whether Canadian officials should be held to the Canadian standard when initiating searches abroad.

Decision of the Motions Judge

41 The Motions Judge, Wetston J., answered the question for adjudication in the affirmative. He found first that section 8 of the Charter did apply to the request for banking information located in Switzerland and, second, that the letter of request initiated a seizure which implicated the respondent’s reasonable expectation of privacy. He distinguished

39 La réglementation des demandes d’entraide internationales par l’adoption de traités comme celui qui existe maintenant entre le Canada et la Suisse impose certaines obligations aux signataires. Au Canada, ces obligations découlant des traités sont appliquées conformément à la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*⁹, qui est en vigueur au Canada depuis le 1^{er} octobre 1988. Le paragraphe 11(2) de la Loi dispose qu’une fois qu’une demande présentée par un État étranger en vue d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie a été autorisée par le ministre de la Justice, une autorité compétente au Canada «présente une requête *ex parte*, en vue de la délivrance d’un mandat de perquisition, à un juge de la province où elle croit à la possibilité de trouver des éléments de preuve de l’infraction». L’article 12 de la Loi dispose que le mandat de perquisition peut être délivré lorsque des déclarations faites sous serment établissent qu’il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’une «infraction qui relève de la compétence de l’État étranger a été commise» et que des éléments de preuve ou des renseignements au sujet de l’infraction «seront trouvés dans un bâtiment, contenant ou lieu situé dans la province».

40 Par conséquent, les personnes qui font l’objet d’une enquête menée par un État étranger qui demande l’aide des autorités canadiennes pourront pleinement se prévaloir de la norme canadienne relative à la délivrance d’un mandat de perquisition. Toutefois, ni le Traité ni la Loi ne traitent de la question exacte qui est posée à la Cour, c’est-à-dire de savoir si les autorités canadiennes devraient être tenues de suivre la norme canadienne quand elles demandent que des fouilles, des perquisitions ou des saisies soient effectuées à l’étranger.

La décision du juge des requêtes

41 Le juge Wetston, juge des requêtes, a répondu affirmativement à la question soulevée dans le présent appel. Il a tout d’abord conclu que l’article 8 de la Charte s’appliquait à la demande de renseignements bancaires se trouvant en Suisse et, deuxièmement, que la lettre de demande constituait une saisie portant atteinte à l’attente raisonnable quant au res-

this case from *R. v. Terry*¹⁰ and *R. v. Harrer*,¹¹ cases in which the Supreme Court has affirmed the well-recognized principle that the Charter can only extend as far as Canadian territorial limits, on the ground that the application of the Charter in this case would not be extraterritorial. The Motions Judge reasoned that [at page 941], in this case “the plaintiff is not seeking the application of the Charter to foreign law, or to the direct activities of the Swiss government in carrying out its decision to search and seize the bank records in question”. The plaintiff [at pages 941-942] “is the subject of a Canadian criminal investigation by Canadian authorities, and the information sought to be obtained may be used in a criminal prosecution in Canada, pursuant to the Canadian *Criminal Code*”.

42 Recognizing that individual privacy is at the heart of section 8 protection, the Motions Judge found that, although the bank accounts over which the plaintiff asserted a privacy interest were located in Switzerland, that interest was jeopardized by the letter of request which was initiated in Canada. He stated [at pages 943-944]:

I am not suggesting that Charter protection travels with the plaintiff; rather, the application of section 8 is an inescapable product of the government’s enforcement activity within Canada. As such, I do not agree that, in this case, the location of the search or seizure is determinative of the question of the application of section 8 of the Charter.

43 On the issue of whether the letter of request engaged section 8 protection, the Motions Judge took judicial notice of the fact that a letter of request sent to a friendly and cooperative state was [at page 943] “not simply a request”. Instead, “there was a reasonable expectation of its acceptance, and a likelihood of it being acted upon”. Despite finding that a procedure for obtaining prior authorization of such a letter may not currently exist in Canadian law, the Motions Judge adopted the rationale that prior authorization of all lawful searches or seizures is necessary to ensure impartial balancing of the privacy interests of the individual with the law

pect de la vie privée de l’intimé. Il a établi une distinction entre l’espèce et *R. c. Terry*¹⁰ et *R. c. Harrer*¹¹, dans lesquels la Cour suprême a affirmé le principe bien établi selon lequel la Charte ne peut s’appliquer au-delà des limites territoriales canadiennes, au motif que l’application de la Charte en pareil cas ne serait pas extraterritoriale. D’après le raisonnement du juge des requêtes en l’espèce, [à la page 941] «le demandeur ne sollicite pas l’application de la Charte au droit étranger, ni aux activités directes du gouvernement suisse dans l’exécution de sa décision de rechercher et de saisir les dossiers bancaires en question». Le demandeur [aux pages 941 et 942] «fait l’objet d’une enquête criminelle canadienne menée par les autorités canadiennes, et . . . les renseignements recherchés peuvent être utilisés dans une poursuite pénale au Canada, en application du *Code criminel*».

Reconnaissant que le droit d’un particulier au respect de sa vie privée est au cœur de la protection offerte par l’article 8, le juge des requêtes a conclu que même si les comptes bancaires au sujet desquels le demandeur fait valoir son droit à la vie privée sont situés en Suisse, ce droit est compromis par la lettre de demande qui émane du Canada. Il indique ce qui suit [aux pages 943 et 944]:

Je ne laisse pas entendre que la protection prévue par la Charte voyage avec le demandeur. L’application de l’article 8 est plutôt la suite inéluctable des activités d’exécution gouvernementales au sein du Canada. Cela étant, je ne suis pas d’accord pour dire qu’en l’espèce, le lieu de la fouille, de la perquisition ou de la saisie tranche la question de l’application de l’article 8 de la Charte.

43 Sur la question de savoir si la lettre de demande engage la protection garantie par l’article 8, le juge des requêtes a pris d’office connaissance du fait qu’une lettre de demande envoyée à un État qui n’est pas hostile et qui est coopératif n’est pas [à la page 943] «simplement une demande». Au contraire, «on s’attendait raisonnablement à ce qu’elle soit acceptée et il était probable qu’on y donnerait suite». Malgré sa conclusion qu’il n’existe pas, dans l’état actuel du droit canadien, une procédure d’octroi de l’autorisation préalable d’une telle lettre, le juge des requêtes a affirmé que l’autorisation préalable de toutes les fouilles, perquisitions ou saisies légales est

enforcement interests of government.

nécessaire pour assurer une pondération impartiale entre le droit à la vie privée d'un particulier et le droit du gouvernement d'assurer l'application de la loi.

44 I am in substantial agreement with the reasons of the Motions Judge. They capture the unfairness which is felt when it is said that the constitutional requirements for a valid search or seizure against a Canadian need not be complied with merely because it is to be executed abroad. The interference with a person's security from unreasonable search and seizure is not any less when the physical search is done by the Swiss authorities. Consequently, in my view, the protection afforded by the Charter to Canadian citizens against their government should be the same whether the search is undertaken at home or abroad, although certainly other governments cannot be bound by our Charter.

Pour l'essentiel, je suis d'accord avec les motifs du juge des requêtes. Ils font état de l'iniquité que suscite l'affirmation selon laquelle il n'est pas nécessaire que soient respectées les exigences constitutionnelles pour assurer la validité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie à l'encontre d'un Canadien simplement parce que celle-ci doit être effectuée à l'étranger. L'atteinte au droit d'une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives n'est pas moindre quand la fouille ou la perquisition physique est effectuée par les autorités suisses. Par conséquent, à mon avis, la protection assurée par la Charte aux citoyens canadiens contre les intrusions de leur gouvernement devrait être la même que la fouille ou la perquisition soit effectuée au Canada ou à l'étranger, même si de toute évidence, les autres États ne sont pas assujettis à notre Charte.

Analysis

Analyse

45 The language of section 8 itself provides very little guidance on the purpose and scope of the right to be protected from unreasonable search and seizure. The approach to be taken in applying this constitutional guarantee was provided by Dickson J. in *Hunter*, which is the starting point for an analysis of the question on appeal. The issue in *Hunter* was whether a provision of the *Combines Investigation Act*,¹² which granted broad powers of search and seizure to the Director of Investigation and Research and his representatives in the course of conducting an inquiry, was consistent with section 8 of the Charter. Dickson J. endorsed a purposive approach to section 8 which requires that the constitutionality of a search or seizure be measured according to "its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective".¹³ Furthermore, it requires that measurement of the impact be made in relation to the purpose of the guarantee or, in other words, "the inter-

Le libellé de l'article 8 en lui-même donne très peu d'éléments qui nous permettent de dégager l'objectif et la portée du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. La démarche qu'il convient d'adopter dans l'application de cette garantie constitutionnelle a été énoncée par le juge Dickson dans *Hunter*, qui est le point de départ de l'analyse portant sur la question en appel. La question en litige dans *Hunter* était de savoir si une disposition de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹², qui accordait de larges pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie au directeur des enquêtes et recherches et à ses représentants dans le cours d'une enquête, était compatible avec l'article 8 de la Charte. Le juge Dickson a adopté une méthode d'interprétation axée sur le but visé par l'article 8 qui exige que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie soit appréciée en fonction de «l'effet "raisonnable" ou "abusif" sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans

ests it is meant to protect”¹⁴. The purpose of section 8 was identified by Dickson J. as the protection of individuals “from unjustified state intrusions upon their privacy”¹⁵.

46 Following *Hunter*, La Forest J. elaborated upon the relationship between privacy, the individual and democratic society in *R. v. Dyment*:¹⁶

Grounded in man’s physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of the democratic state.

In the light of its critical role, La Forest J. reiterated in *Dyment* that:¹⁷

[The right to be secure against unreasonable search or seizure] . . . must be interpreted in a broad and liberal manner so as to secure the citizen’s right to a reasonable expectation of privacy against governmental encroachments. Its spirit must not be constrained by narrow legalistic classifications based on notions of property and the like which served to protect this fundamental human value in earlier times.

47 The importance of giving full effect to section 8 protection is strongest in the course of a criminal investigation, such as is ongoing in this case. The rationale for strong protection in the criminal law context was most eloquently articulated by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* when he stated:¹⁸

For reasons that go to the very core of our legal tradition, it is generally accepted that the citizen has a very high expectation of privacy in respect of such investigations. The suspicion cast on persons who are made the subject of a criminal investigation can seriously, and perhaps permanently, lower their standing in the community. This alone would entitle the citizen to expect that his or her privacy would be invaded only when the state has shown

la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable»¹³. En outre, cela exige que cette appréciation soit faite en fonction de l’objectif de la garantie, en d’autres termes, il faut délimiter «la nature des droits qu’il vise à protéger¹⁴». L’objectif de l’article 8 identifié par le juge Dickson est de protéger les particuliers «contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée»¹⁵.

Après *Hunter*, le juge La Forest a élaboré sur la relation entre la protection de la vie privée, l’individu et la société démocratique dans *R. c. Dyment*¹⁶:

Fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public. L’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique.

Au vu de ce rôle critique, le juge La Forest a réitéré ce qui suit dans *Dyment*¹⁷:

[Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives] . . . doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d’être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites, fondées sur des notions de propriété ou du même genre, qui ont servi autrefois à protéger cette valeur humaine fondamentale.

L’importance de donner à la protection prévue à l’article 8 son plein effet est encore plus grande dans le cadre d’une enquête criminelle, comme en l’espèce. La raison d’être d’une protection accrue dans un contexte de droit criminel a été formulée de façon fort éloquente par le juge La Forest dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*¹⁸:

Pour des raisons qui relèvent du fondement même de nos traditions juridiques, on comprend généralement que les attentes du citoyen sont très grandes quant au respect de son droit à la vie privée dans le cadre de ces enquêtes. Le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l’objet d’une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être même de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de

that it has serious grounds to suspect guilt. This expectation is strengthened by virtue of the central position of the presumption of innocence in our criminal law. The stigma inherent in a criminal investigation requires that those who are innocent of wrongdoing be protected against overzealous or reckless use of the powers of search and seizure by those responsible for the enforcement of the criminal law.

48 The right to privacy is not, however, absolute. Section 8 protects the individual only where the state is engaged in an “unjustified” intrusion on the expectation of privacy. Whether an intrusion is “unjustified” requires an assessment of “whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement”.¹⁹ This assessment is to be carried out, according to Dickson J., by means of a system of prior authorization of searches and seizures which prevents unjustified searches before they occur and which, conversely, only allows the breach of an individual’s privacy where a standard of reasonable and probable grounds, impartially arrived at, has been met.²⁰

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

The function of prior authorization is to be performed, according to Dickson J., by a person who is “at a minimum capable of acting judicially”.²¹ This requirement of prior authorization creates something like a constitutional presumption against the reasonableness of a warrantless search, and is the linchpin of the section 8 guarantee.²²

s’attendre à ce qu’on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l’État a démontré qu’il a des motifs sérieux de soupçonner qu’il est coupable. Cette attente est renforcée par le rôle central de la présomption d’innocence dans notre droit criminel. Les stigmates inhérents aux enquêtes criminelles exigent que ceux qui n’ont commis aucun délit soient protégés contre l’exercice excessif ou téméraire des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie que détiennent les responsables de l’application du droit criminel.

48 Cependant, le droit à la vie privée n’est pas absolu. L’article 8 protège les particuliers uniquement lorsque l’État porte atteinte de façon «injustifiée» à leur attente en matière de vie privée. Pour décider si une telle intrusion est «injustifiée», il faut apprécier «si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi»¹⁹. Selon le juge Dickson, cette appréciation doit se faire au moyen d’un système d’autorisation préalable des fouilles, des perquisitions et des saisies qui vise à prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent et qui, réciproquement, ne permet d’intrusion dans la vie privée d’une personne qu’en fonction d’une norme fondée sur des motifs raisonnables et probables, impartialement déterminée²⁰.

L’exigence d’une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d’un mandat valide, a toujours été la condition préalable d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l’État l’obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l’esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l’ingérence de l’État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

Cette fonction d’autorisation préalable doit être exercée, selon le juge Dickson, par une personne qui est «au moins . . . en mesure d’agir de façon judiciaire»²¹. Cette condition d’autorisation préalable crée l’équivalent d’une présomption constitutionnelle selon laquelle une fouille ou une perquisition sans mandat n’est pas raisonnable, et qui est le pivot de la garantie enchâssée à l’article 8²².

49 The privacy interest must be protected even before its actual physical invasion. As La Forest J. wrote in *Dyment*: “if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures”.²³ L’Heureux-Dubé J. echoed this logic more recently in *R. v. O’Connor* when she stated that “[t]he essence of privacy . . . is that once it is invaded, it can seldom be regained. For this reason, it is all the more important for reasonable expectations of privacy to be protected at the point of disclosure”.²⁴

50 The message in these statements is clear: the right to privacy is protected in advance of any physical search, that is, as soon as any government action threatens the security of the individual’s privacy interest. The occasions for such challenges before an actual search, however, are rare because search warrants are usually obtained *ex parte*, something that is necessary for their effectiveness. Similarly, letters of request are sent in confidence and are rarely made public until after the physical search or seizure is made. This does not mean, however, that a physical search must be executed before the authorizing instrument can be challenged; such a legal challenge may be undertaken before or after a physical search has been executed.

(a) The Territorial Scope of Section 8

51 The effect of the letter of request upon the respondent’s reasonable expectation of privacy cannot be addressed until the territorial scope of the Charter is considered.

52 While it has not yet dealt specifically with the precise issue on appeal in this case, the Supreme Court has considered the territorial scope of the Charter in numerous contexts. In *Terry*, it was said that there is a “settled rule that a state is only com-

49 Le droit à la vie privée doit être protégé même avant toute intrusion réelle. Comme l’indique le juge La Forest dans *Dyment*: «si le droit à la vie privée de l’individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu’après qu’il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives»²³. Récemment, le juge L’Heureux-Dubé a fait écho à cette logique dans l’arrêt *R. c. O’Connor* en déclarant que «l’essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu’on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité. Pour cette raison, il est d’autant plus important que les attentes raisonnables en matière de vie privée soient protégées au point de divulgation»²⁴.

50 Le message contenu dans ces déclarations est clair. Le droit à la vie privée est protégé avant toute fouille ou perquisition physique, c’est-à-dire dès que les mesures gouvernementales menacent la protection du droit d’une personne à la vie privée. Cependant, il est rare que l’on puisse s’opposer à l’intrusion du gouvernement avant que la fouille ou la perquisition ait lieu parce que les mandats de perquisition sont habituellement obtenus *ex parte*, ce qui est essentiel à leur efficacité. De même, les lettres de demande sont envoyées sous le sceau de la confidentialité et sont rarement rendues publiques avant que la fouille, la perquisition ou la saisie ait eu lieu. Cela ne signifie pas toutefois qu’une fouille ou une perquisition doive être exécutée avant que l’autorisation elle-même ne puisse être contestée; cette contestation juridique peut être entreprise avant ou après que la fouille ou la perquisition a eu lieu.

a) La portée territoriale de l’article 8

51 On ne peut s’interroger sur l’effet de la lettre de demande sur l’attente raisonnable de l’intimé en matière de vie privée tant que la portée territoriale de la Charte n’a pas été définie.

52 Bien qu’elle n’ait pas encore traité précisément de la question soulevée dans le présent appel, la Cour suprême a examiné la portée territoriale de la Charte dans de nombreux contextes. Dans l’arrêt *Terry*, elle dit qu’il existe une «règle bien établie selon laquelle

petent to enforce its laws within its own territorial boundaries”.²⁵ The facts of *Terry* were that the appellant was charged with first degree murder in Canada and then fled to the U.S. He was arrested in California pursuant to a U.S. warrant following a Canadian request for extradition. After the arrest, the California police notified the RCMP, who asked them to take down any statement that Terry might make. It was not until this point that the California police gave Terry a “*Miranda* warning” and took a statement from him.²⁶

53 This statement was admitted as evidence at the trial. The issue before the Supreme Court was whether the statement should have been excluded under subsection 24(2) of the Charter because of the failure of the California police to advise Terry of his right to counsel at the moment of his arrest in violation of paragraph 10(b) of the Charter.

54 McLachlin J., writing for the Court, found that the statement was admissible because the actions of the California police could not result in a breach of the Charter. To exclude the statement taken by the California police under subsection 24(2) would allow the Charter to “govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis”.²⁷ McLachlin J. elaborated further on this point:²⁸

The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other.

The application of the Charter to the conduct of American authorities who took a statement from an individual arrested in the U.S. would make the California police subject to the Charter, a clearly problematic result.

55 *Harrer* is a case which also involved the use of a statement made to the police in the U.S. for criminal

un État n’a de compétence pour faire appliquer ses lois qu’à l’intérieur de ses propres frontières territoriales»²⁵. Dans l’affaire *Terry*, l’appelant avait été accusé de meurtre au premier degré au Canada et s’était enfui aux États-Unis. Il a été arrêté en Californie en vertu d’un mandat américain par suite d’une demande d’extradition présentée par les autorités canadiennes. Après son arrestation, la police de Californie a informé la GRC, qui lui a alors demandé de recueillir toute déclaration que Terry consentirait à faire. Ce n’est qu’à ce moment que la police de Californie a fait à Terry une «mise en garde *Miranda*» et a pris sa déclaration²⁶.

Cette déclaration a été admise en preuve au procès. La question dont était saisie la Cour suprême était de savoir si la déclaration aurait dû être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte parce que la police de Californie n’avait pas informé Terry de son droit à l’assistance d’un avocat au moment de son arrestation contrairement à l’alinéa 10b) de la Charte.

S’exprimant au nom de la Cour, le juge 54 McLachlin a statué que la déclaration était admissible en preuve parce que les mesures prises par la police de Californie ne pouvaient entraîner une violation de la Charte. Exclure la déclaration prise par la police de Californie aux termes du paragraphe 24(2) équivaudrait à donner à la Charte l’effet de «régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne»²⁷. Le juge McLachlin élabore un peu plus sur ce point²⁸:

La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle.

L’application de la Charte à la conduite des autorités américaines qui ont pris une déclaration d’une personne arrêtée aux États-Unis assujettirait la police californienne à la Charte, ce qui pose manifestement un problème.

L’arrêt *Harrer* portait sur l’utilisation d’une déclaration faite à la police américaine dans le cadre 55

prosecution in Canada. Again, the Supreme Court found that the Charter could not be applied to exclude the interrogation by U.S. officials. Harrer was arrested by immigration authorities in the U.S. who had reason to believe that she was illegally in the country due to an assault conviction in Canada. The immigration authorities who arrested Harrer were accompanied by the U.S. police, who suspected that Harrer had assisted her boyfriend in escaping custody in Canada, where he was awaiting extradition to the U.S. for drug charges. When Harrer was arrested, she was read a “*Miranda* warning” and informed that she was wanted for questioning in connection with her boyfriend’s escape from custody. Following the receipt of information from the RCMP regarding Harrer’s participation in the escape, the interrogation shifted to this subject, but Harrer did not receive a second warning as would be required by Canadian law. The information obtained during this interrogation was eventually used by the Canadian government against Harrer in order to try her for assisting in the escape. The issue for the Supreme Court was whether the interrogation violated paragraph 10(b) of the Charter and, consequently, whether it should have been excluded under subsection 24(2).

56 La Forest J. found that the Charter could not apply where the acts complained of were entirely those of the United States police and immigration officials. In support, he stated:²⁹

What I think is determinative against the argument that the *Charter* applied to the interrogation in the present case is the simple fact that the United States immigration officials and the Marshals were not acting on behalf of any of the governments of Canada, the provinces or the territories, the state actors to which, by virtue of s. 32(1) the application of the *Charter* is confined. . . . It follows that the *Charter* simply has no direct application to the interrogations in the United States because the governments mentioned in s. 32(1) were not implicated in these activities.

La Forest J. also found that admission of the evidence would not be contrary to the protection of

d’une poursuite criminelle au Canada. Là encore, la Cour suprême a statué que la Charte ne pouvait s’appliquer pour exclure l’interrogatoire mené par les agents américains. Harrer a été arrêtée par les autorités américaines de l’immigration aux États-Unis qui avaient des raisons de croire qu’elle se trouvait illégalement aux États-Unis du fait d’une condamnation pour voies de fait au Canada. Les autorités de l’immigration qui ont arrêté Harrer étaient accompagnées par la police américaine, qui soupçonnait Harrer d’avoir participé à l’évasion de son petit ami au Canada, où il attendait d’être extradé aux États-Unis pour répondre à des accusations en matière de drogue. Quand Harrer a été arrêtée, on lui a fait une «mise en garde *Miranda*» et on l’a informée qu’on voulait l’interroger en rapport avec l’évasion de son petit ami. Après que des renseignements eurent été fournis par la GRC concernant la participation de Harrer à cette évasion, l’interrogatoire s’est concentré sur ce sujet, mais on n’a pas fait à Harrer une deuxième mise en garde comme on aurait dû le faire en vertu du droit canadien. Les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire ont par la suite été utilisés par le gouvernement canadien contre Harrer dans un procès pour participation à une évasion. La question soumise à la Cour suprême était de savoir si l’interrogatoire contrevenait à l’alinéa 10b) de la Charte et, par conséquent, s’il devait être exclu en vertu du paragraphe 24(2).

Le juge La Forest a conclu que la Charte ne pouvait s’appliquer lorsque les mesures contestées étaient entièrement celles de la police et des autorités de l’immigration américaines. Pour justifier sa conclusion, il déclare ceci²⁹:

Ce qui, je crois, permet d’écarter de façon définitive l’argument que la *Charte* s’applique à l’interrogatoire visé en l’espèce est le simple fait que les fonctionnaires des services de l’immigration des États-Unis et les marshals américains n’agissaient pour aucun des gouvernements du Canada, des provinces et des territoires, savoir les acteurs étatiques auxquels est limitée l’application de la *Charte* par son par. 32(1) . . . Il s’ensuit que la *Charte* ne s’applique absolument pas de façon directe aux interrogatoires qui ont eu lieu aux États-Unis, étant donné que les gouvernements mentionnés au par. 32(1) n’ont pas participé à ces activités.

Le juge La Forest a également conclu que l’admission de la preuve ne serait pas contraire à la pro-

liberty in accordance with the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter or contrary to the guarantee of a fair trial under paragraph 11(d) of the Charter.

57 The appellant relies heavily on these two cases in order to argue that the Charter cannot apply to the letter of request in this case because it initiated a search and seizure which was carried out in Switzerland and so should be governed by the laws of that state alone. Essentially, the appellant submits that, by banking in Switzerland, the respondent gave up the protection of the Charter. In contrast, the respondent contends that both *Terry* and *Harrer* are cases involving paragraph 10(b), which, because it provides protection to “[e]veryone . . . on arrest or detention”, addresses a narrower class of individuals than section 8, which protects “[e]veryone”. Second, the respondent argues that the case at bar cannot result in the extra-territorial application of the Charter, as would have occurred in *Terry* or *Harrer*, because the respondent is not attempting to have the Canadian courts review the conduct of the Swiss authorities. Instead, the respondent seeks only to apply the Charter to the conduct of the Canadian government in initiating a criminal investigation leading to a search and seizure of evidence abroad.

58 I am in agreement with the Motions Judge that, because the respondent is not seeking to apply the Charter to the activities of the Swiss government [at page 941], “[t]he application of the Charter clearly stops at the water’s edge”. This is consistent with the principles set out in *Terry* and *Harrer*. Subject to certain exceptions, it is clear that the Charter cannot be enforced against foreign governments, only our own. The statements which were sought to be excluded in *Terry* and *Harrer* resulted from the conduct of American authorities in the course of carrying out their duties under American law and according to American procedural standards. The respondent in this case, however, does not challenge the principle of *Terry* and *Harrer*; rather it is argued that the factual situations are different.

tection de la liberté conformément aux principes de justice fondamentale garantis par l’article 7 de la Charte ni contraire au droit à un procès équitable visé à l’alinéa 11d) de la Charte.

L’appelant s’appuie abondamment sur ces deux arrêts pour faire valoir que la Charte ne peut s’appliquer à la lettre de demande en l’espèce parce qu’elle est à l’origine d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie qui a été effectuée en Suisse et qui devrait être régie uniquement par le droit de cet État. Essentiellement, l’appelant fait valoir que, en faisant ses affaires bancaires en Suisse, l’intimé a renoncé à la protection de la Charte. Au contraire, l’intimé prétend que les arrêts *Terry* et *Harrer* font intervenir l’alinéa 10b) qui, parce qu’il assure une protection «en cas d’arrestation ou de détention», vise une catégorie de personnes plus restreinte que l’article 8, qui étend sa protection à «[c]hacun». Deuxièmement, l’intimé fait valoir que le cas en l’espèce ne peut entraîner l’application extraterritoriale de la Charte, comme cela se serait produit dans *Terry* ou *Harrer*, parce que l’intimé n’essaie pas de faire réviser par les tribunaux canadiens la conduite des autorités suisses. Au contraire, l’intimé cherche uniquement à faire appliquer la Charte à la conduite du gouvernement canadien qui a lancé une enquête criminelle menant à une fouille, une perquisition et une saisie d’éléments de preuve à l’étranger.

Je suis d’accord avec le juge des requêtes qui a conclu que, parce que l’intimé ne cherche pas à appliquer la Charte aux activités du gouvernement suisse [à la page 941], «[l]’application de la Charte cesse clairement là où commence l’océan». Cela est conforme aux principes énoncés dans *Terry* et *Harrer*. Sous réserve de certaines exceptions, il est manifeste que la Charte ne peut être appliquée à l’encontre des gouvernements étrangers, mais uniquement à l’encontre du nôtre. Les déclarations que l’on cherchait à exclure dans les arrêts *Terry* et *Harrer* résultaient de la conduite des autorités américaines dans l’exercice de leurs fonctions en vertu du droit américain et selon les normes procédurales américaines. Toutefois, en l’espèce, l’intimé ne conteste pas le principe établi dans *Terry* et *Harrer*; il fait plutôt valoir que les situations de fait sont différentes.

- 59 In *Terry*, the issue raised was “whether the failure of police officers in another country to conform to the requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* renders the evidence thus gathered inadmissible in a trial in Canada”.³⁰ The crux of the respondent’s complaint here, however, is whether the conduct of Canadian officials in this country conformed with the requirements of the Charter. There is nothing in the application of section 8 to the letter of request which would impose a Canadian legal requirement on the Swiss authorities responding to the letter of request so as to fetter their sovereign authority, something international law does not allow.
- Dans *Terry*, la question soulevée était de savoir «si l’omission de policiers d’un autre pays de se conformer aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* rend les éléments de preuve ainsi recueillis inadmissibles dans un procès au Canada»³⁰. L’essentiel de la plainte de l’intimé en l’espèce, toutefois, est de savoir si la conduite d’agents canadiens au Canada est conforme aux exigences de la Charte. Il n’y a rien dans l’application de l’article 8 à la lettre de demande qui imposerait aux autorités suisses répondant à cette lettre de demande une norme juridique canadienne qui entraverait leur souveraineté, ce qui est interdit par le droit international.
- 60 In *Harrer*, La Forest J. made clear at the outset that “in questioning the appellant the United States Immigration agents and the American Marshal were carrying out their respective duties under the immigration laws of their country and in relation to the offences of which Hagerman was charged in that country”.³¹ When questioning shifted to *Harrer*’s participation in Hagerman’s escape, La Forest J. explained that the American official “not unnaturally, simply acted in accordance with American law”.³² Again, the contrast is clear. The government action complained of in *Harrer* occurred as a result of the conduct of American authorities acting on American soil, whereas the action complained of by the respondent in this case was that of Canadian officials done in Canada.
- Dans l’arrêt *Harrer*, le juge La Forest a clairement établi dès le début que «en interrogeant l’appelante, les agents de l’immigration et les marshals américains exerçaient leurs fonctions respectives, les premiers assurant l’application des lois de l’immigration des États-Unis et les seconds enquêtant sur les infractions dont Hagerman était accusé dans ce pays»³¹. Quand l’interrogatoire s’est concentré sur la participation de *Harrer* à l’évasion de Hagerman, le juge La Forest explique que l’agent américain «s’est tout simplement conformé, ce qui est par ailleurs tout à fait naturel, au droit américain»³². La différence, je le répète, saute aux yeux. Les mesures gouvernementales contestées dans l’arrêt *Harrer* étaient le fait de la conduite des autorités américaines agissant en territoire américain, alors que les mesures dont se plaint l’intimé en l’espèce ont été prises par des agents canadiens au Canada.
- 61 Subsection 32(1) states that the Charter applies “to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament”. In *R. v. Filonov*, Dilks J. stated that “[t]he Charter deals . . . with the relationship between Parliament and the legislatures on the one hand and the people under the sovereign authority of those bodies on the other”.³³ For this reason, he found that section 8 of the Charter could not apply to a search conducted by American authorities pursuant to an American search warrant, following a request by Canada under its Mutual Legal Assistance Treaty with the United States. What is being challenged in
- Le paragraphe 32(1) déclare que la Charte s’applique «au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement». Dans l’arrêt *R. v. Filonov*, le juge Dilks déclare que [TRA-DUCTION] «la Charte traite . . . des liens du Parlement avec les législatures d’une part et avec la population qui relève de l’autorité souveraine de ces entités d’autre part»³³. Pour cette raison, il a conclu que l’article 8 de la Charte ne s’appliquait pas à une fouille ou à une perquisition effectuée par les autorités américaines en vertu d’un mandat de perquisition américain, par suite d’une demande présentée par le Canada en vertu du Traité d’entraide juridique con-

this case, however, is the conduct of Canadian officials in Canada, that is, the preparation and signing of the letter of request.

62 A further distinction lies in the fact that both Terry and Harrer sought the protection of paragraph 10(b) of the Charter, which ensures that “[e]veryone” is to be informed of the right to retain and instruct counsel “[upon] arrest or detention”. In both cases, however, the arrest or detention occurred at the hands of American authorities in the U.S. The flaw in this argument was aptly described by McLachlin J. in *Harrer* as follows:³⁴

Harrer attempts to circumvent the domestic limits of the *Charter* by arguing that the s. 10(b) breach occurs when the evidence was tendered at trial. The trial judge, she argues, was not applying s. 10(b) of the *Charter* to the events that occurred in the United States, but rather applying it in Canada to evaluate those events. I cannot accept this argument. The right to counsel is given “on arrest or detention”. The right therefore appertains to the time of arrest or detention, and not to the time at which evidence is admitted at trial.

In this case, there is no such error in the respondent’s logic. His security against unreasonable search and seizure was said to be threatened when the letter of request was sent by Canadian officials.

63 The case law on extradition from Canada further underscores the difference between what is being sought by the respondent in this case and the extraterritorial application of the Charter which the Supreme Court has consistently resisted. In *Canada v. Schmidt*,³⁵ a Canadian citizen was to be extradited to the United States on an Ohio charge of child stealing after she had been acquitted of kidnapping for the same offence under U.S. federal law. She sought the protection of section 7 and paragraph 11(h) of the Charter, which protects persons from being tried for the same crime twice. La Forest J. rejected this argument on the following grounds:³⁶

clu avec les États-Unis. Ce qui est contesté en l’espèce, toutefois, c’est la conduite d’agents canadiens au Canada, c’est-à-dire la préparation et la signature de la lettre de demande.

62 Une autre distinction s’impose: Terry et Harrer ont demandé la protection de l’alinéa 10b) de la Charte qui assure à «[c]hacun» le droit d’être informé de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat «en cas d’arrestation ou de détention». Toutefois, dans les deux cas, l’arrestation ou la détention a été faite par les autorités américaines aux États-Unis. La faiblesse de cet argument a été décrite de façon très éloquente par le juge McLachlin dans l’arrêt *Harrer* de la façon suivante³⁴:

Harrer essaie de contourner les limites nationales de la *Charte* en soutenant que la violation de l’al. 10b) est survenue lors de la présentation de la preuve au procès. D’après elle, le juge du procès se trouvait non pas à appliquer l’al. 10b) de la *Charte* aux événements survenus aux États-Unis, mais plutôt à l’appliquer au Canada pour évaluer ces événements. Je ne puis retenir cet argument. Le droit à l’assistance d’un avocat est accordé «en cas d’arrestation ou de détention». Par conséquent, il se rapporte au moment de l’arrestation ou de la détention, et non pas à celui où la preuve est admise au procès.

En l’espèce, il n’y a pas d’erreur de ce genre dans la logique de l’intimé. Il prétend que l’envoi de la lettre de demande par les représentants canadiens a porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

63 La jurisprudence en matière d’extradition à partir du Canada souligne également la différence entre le redressement recherché par l’intimé en l’espèce et l’application extraterritoriale de la Charte à laquelle s’est toujours refusée la Cour suprême. Dans l’arrêt *Canada c. Schmidt*³⁵, une citoyenne canadienne devait être extradée aux États-Unis pour répondre à une accusation de vol d’enfant portée par l’État de l’Ohio après qu’elle eut été acquittée relativement à une accusation d’enlèvement fondée sur le même acte et portée en vertu de la loi fédérale américaine. Elle a demandé la protection de l’article 7 et de l’alinéa 11h) de la Charte, qui protège les personnes contre la possibilité d’être poursuivies deux fois pour la même infraction. Le juge La Forest a rejeté cet argument pour les motifs suivants³⁶:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country. . . .

These propositions must, I think, be kept firmly in mind in examining the right protected by s. 11(h). The right is that of a person charged with an offence not to be tried for the offence again if he or she has already been finally acquitted of the offence. The Government of Canada, to which the *Charter* applies, is not trying the fugitive.

As with *Terry* and *Harrer*, it is the action taken by the foreign government which was being attacked in *Schmidt*. The argument made in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*,³⁷ that section 7 of the Charter should apply in order to protect a convicted murderer who was to be extradited to the U.S. to face the death penalty, is similar. Again, the action complained of, the imposition of the death penalty in the United States following a conviction for murder, “does not result from any initiative taken by the Canadian Government”.³⁸

64 American jurisprudence on the application of the U.S. Constitution’s Fourth Amendment to foreign searches is similar to ours.³⁹ LaFave and Israel state in their text on American criminal procedure that “[i]f the police of a foreign country, acting to enforce their own law and without instigation by American officials, conduct a search which would not meet the requirements of the Fourth Amendment if conducted in this country, and the fruits are later offered into evidence here, the evidence is not subject to suppression on constitutional grounds”.⁴⁰ In *Brulay v. U.S.*,⁴¹ the Court held that amphetamine tablets found by Mexican border officials who arrested Brulay and searched his car without a search warrant were admissible. The Mexican officials had been notified by American authorities that Brulay was carrying on such activities, but neither the arrest nor the search were instigated by them. The Court refused to exclude the evidence according to the law against unreasonable search and seizure on the ground that American authorities had not been in any way involved in the search and seizure, which took place in Mexico. It further reasoned that

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d’extradition, comme dans d’autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s’applique pas aux actes d’un pays étranger. . . .

Il faut, je crois, garder ces éléments bien en tête dans toute étude du droit protégé par l’al. 11h). Il s’agit du droit de tout inculpé de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a déjà été définitivement acquitté. Le gouvernement du Canada, à qui s’applique la *Charte*, ne se trouve pas à juger le fugitif.

Comme dans les cas de *Terry* et *Harrer*, ce sont les mesures prises par le gouvernement étranger qui étaient contestées dans l’affaire *Schmidt*. L’argument soulevé dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*³⁷, c’est-à-dire que l’article 7 de la Charte devrait s’appliquer afin d’éviter la peine de mort à un meurtrier reconnu coupable qui a été extradé aux États-Unis est similaire. De nouveau, les mesures contestées, c’est-à-dire l’imposition de la peine de mort aux États-Unis à la suite d’une condamnation pour meurtre, «ne résulte pas d’une initiative prise par le gouvernement canadien»³⁸.

64 La jurisprudence américaine relative à l’application du Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis aux fouilles et aux perquisitions à l’étranger est semblable à la nôtre³⁹. LaFave et Israel indiquent ceci dans leur ouvrage sur la procédure criminelle américaine: [TRADUCTION] «[s]i la police d’un pays étranger, agissant de façon à appliquer son propre droit et sans y avoir été incité par les agents américains, effectue une perquisition qui ne respecterait pas les exigences du Quatrième amendement si elle avait été effectuée aux États-Unis, et que les fruits de cette fouille ou de cette perquisition sont par la suite produits en preuve ici, les éléments de preuve ne seraient pas exclus pour des motifs constitutionnels»⁴⁰. Dans l’arrêt *Brulay v. U.S.*⁴¹, la Cour a statué que des comprimés d’amphétamine trouvés par des agents à la frontière mexicaine qui ont arrêté Brulay et qui ont fouillé sa voiture sans mandat de perquisition étaient admissibles en preuve. Les agents mexicains avaient été informés par les autorités américaines que Brulay se livrait à de telles activités, mais ni l’arrestation ni la fouille ou la perquisition n’ont été effectuées à la demande des

the exclusionary rule is “a court-created prophylaxis designed to deter federal officers from violating the Fourth Amendment . . . no prophylactic purpose is served by applying an exclusionary rule here since what we do will not alter the search policies of the sovereign Nation of Mexico”.⁴² The basis for the exclusion of evidence, according to this leading American case, is whether its exclusion will deter unconstitutional conduct by American authorities in the future. The position of the respondent can be recast according to this rationale: although nothing can be gained from applying the Charter to the conduct of Swiss authorities, requiring Canadian authorities to comply with the Canadian standard for the issuance of a search warrant when sending a letter of request to foreign authorities would prevent unjustified invasions of privacy by Canadian authorities in the future.

autorités américaines. La Cour a refusé d'exclure la preuve conformément au droit interdisant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives au motif que les autorités américaines n'avaient d'aucune façon participé à la fouille, à la perquisition et à la saisie, qui avait été effectuée au Mexique. La Cour a de plus indiqué dans son raisonnement que la règle d'exclusion est [TRADUCTION] «une prophylaxie créée par les tribunaux dans le but de dissuader les agents fédéraux de violer le Quatrième amendement . . . et qu'aucun but prophylactique ne pourra être atteint en appliquant une règle d'exclusion en l'espèce étant donné que notre décision ne modifiera pas les politiques de fouille et de perquisition de l'État souverain du Mexique»⁴². Le fondement de l'exclusion de la preuve, selon cet arrêt de principe américain, consiste à déterminer si son exclusion dissuadera à l'avenir les autorités américaines d'adopter une conduite contraire à la Constitution. La position de l'intimé peut être reformulée selon ce principe: bien que l'on n'ait rien à gagner en appliquant la Charte à la conduite des autorités suisses, le fait d'obliger les autorités canadiennes à respecter la norme canadienne relative à la délivrance d'un mandat de perquisition lors de l'envoi d'une lettre de demande à des autorités étrangères empêcherait à l'avenir les autorités canadiennes de s'ingérer de façon abusive dans la vie privée des particuliers.

65 The necessity of measuring requests for international assistance according to domestic standards has been affirmed on similar logic by a United States District Court in *Colello v. U.S. S.E.C.*⁴³ The Court found that a request by the American Securities and Exchange Commission (SEC) pursuant to a mutual assistance treaty and resulting in a Swiss asset freeze was an “unreasonable search and seizure” contrary to the Fourth Amendment because it did not satisfy the American standard of “probable cause”.⁴⁴ In imposing the higher “probable cause” requirement, the Court rejected the argument that the plaintiffs had willingly “assumed the risk” of a lower standard of protection in placing their money in a foreign country, and that the public interest in prosecuting international crime justified a lower standard. The Court adopted a particularly colourful statement of the United States Supreme Court that,

La nécessité d'apprécier les demandes d'assistance internationale au regard de normes nationales a été confirmée par une Cour de district américaine qui a suivi un raisonnement logique semblable dans l'arrêt *Colello v. U.S. S.E.C.*⁴³. La Cour a statué qu'une demande de la Securities and Exchange Commission (SEC) américaine en vertu d'un traité d'entraide et ayant entraîné un gel des actifs gardés en Suisse était une «fouille, une perquisition et une saisie abusive» contraire au Quatrième amendement parce qu'elle ne satisfaisait pas à la norme américaine du «motif probable»⁴⁴. En imposant la condition plus sévère reposant sur le «motif probable», la Cour a rejeté l'argument selon lequel les demandeurs avaient sciemment «assumé le risque» de bénéficier d'une norme de protection inférieure en conservant leur argent dans un pays étranger, et que l'intérêt public dans la lutte contre le crime international

“[w]hen the Government reaches out to punish a citizen who is abroad, the shield which the Bill of Rights and other parts of the Constitution provide to protect his life and liberty should not be stripped away just because he happens to be in another land”.⁴⁵ In essence, the Court in *Colello* found that the SEC could not use the procedures established by the Treaty in order to immunize their own participation in the Swiss asset freeze from the Fourth Amendment right to be free from unreasonable seizures. While the *Colello* case differs to the extent that the request occurred pursuant to a treaty, the broader point applies. A government cannot use the need for international assistance as an excuse to justify its own constitutionally impermissible conduct.⁴⁶

justifiait l'imposition d'une norme inférieure. La Cour a adopté une déclaration particulièrement imagée de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle [TRADUCTION] «quand le gouvernement étend son bras pour punir un citoyen qui se trouve à l'étranger, le bouclier que forment le Bill of Rights et d'autres parties de la Constitution pour protéger sa vie et sa liberté ne doit pas être abaissé simplement parce qu'il se trouve dans un autre pays»⁴⁵. Essentiellement, dans l'arrêt *Colello*, la Cour a statué que la SEC ne pouvait utiliser les procédures établies par le traité pour faire en sorte d'exclure sa propre participation dans le gel des biens effectué en Suisse du droit garanti par le Quatrième amendement à la protection contre les saisies abusives. Bien que l'affaire *Colello* puisse être distinguée de l'espèce dans la mesure où la demande s'appuyait sur un traité, le raisonnement général tient toujours. Un gouvernement ne peut se réclamer de l'assistance internationale pour se justifier d'adopter une conduite inadmissible au regard de sa propre Constitution⁴⁶.

66 The “deterrence” rationale explained in *Brulay* and used by the Court in *Colello* is a helpful tool for explaining the intersection of domestic rights protection with the increasing need for international cooperation in the investigation and prosecution of crime. Section 8 of the Charter ought to be applied when it can help to deter future unconstitutional conduct by Canadian officials, even if the conduct of those officials triggers the assistance of a foreign state. Recent attempts by the Canadian legislature and courts to find a balance between the continued enforcement of individual rights and the limits of state jurisdiction are consistent with this rationale. First, the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, as explained earlier, requires that any foreign requests executed in Canada must comply with the Canadian requirements for lawful search and seizure.⁴⁷ Although Canada cannot impose its own procedural standards on other states, it can ensure that the right to a reasonable expectation of privacy is protected when a search is instigated by Canadian officials, whether at home or abroad.

Le raisonnement basé sur la «dissuasion» énoncé dans *Brulay* et repris par la Cour dans *Colello* est utile pour expliquer le point de rencontre entre la protection des droits nationaux et la nécessité grandissante d'assurer une collaboration internationale dans les enquêtes criminelles et la lutte contre le crime. L'article 8 de la Charte doit être appliqué lorsqu'il peut servir à dissuader une conduite future contraire à la Constitution par des agents canadiens, même si la conduite de ces agents entraîne l'aide d'un pays étranger. Les tentatives récentes de la législature et des tribunaux canadiens pour trouver un équilibre entre le maintien des droits des particuliers et les limites à la compétence de l'État sont conformes à ce raisonnement. Tout d'abord, la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, comme nous l'avons déjà expliqué, exige que toutes les demandes de pays étrangers exécutées au Canada se conforment aux normes canadiennes concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies légales⁴⁷. Bien que le Canada ne puisse imposer ses propres normes procédurales à d'autres États, il peut s'assurer que le droit à une attente raisonnable en matière de vie privée est protégé quand une fouille ou une perquisition est faite à la demande d'agents canadiens, que ce soit au Canada ou à l'étranger.

67 Second, there is increasing recognition, in special circumstances, that the Charter may be applied outside of Canada. In *Harrer*, La Forest J. cautioned against concluding that “the ambit of the *Charter* is automatically limited to Canadian territory”.⁴⁸ He postulated that “the automatic exclusion of *Charter* application outside Canada might unduly restrict the protection Canadians have a right to expect against the interference with their rights by our governments or their agents”.⁴⁹ La Forest J. described an interrogation by Canadian police about a Canadian offence which takes place in the United States and an interrogation by U.S. officials acting as agents of the Canadian police as examples of situations in which this rule might not apply. McLachlin J. also referred to the existence of “exceptions” to this rule against extra-territorial application of the Charter in *Terry*.⁵⁰

The principle that a state’s law applies only within its boundaries is not absolute: *The Case of the SS. “Lotus”* (1927), P.C.I.J. Ser. A., No. 10, at p. 20. States may invoke a jurisdiction to prescribe offences committed elsewhere to deal with special problems, such as those provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pertaining to offences on aircraft (s. 7(1), (2)) and war crimes and other crimes against humanity (s. 7(3.71)). A state may likewise formally consent to permit Canada and other states to enforce their laws within its territory for limited purposes.

Most recently, the British Columbia Court of Appeal, relying on La Forest J.’s comments in *Harrer*, has found that a statement obtained by Canadian police in the U.S. for use in the prosecution of a Canadian offence should be subject to paragraph 10(b) of the Charter.⁵¹ The Court used reasoning which was similar to the “deterrence” rationale in *Brulay*.⁵²

There is an expectation within our criminal justice system that statements from persons accused of a crime

67 Deuxièmement, on reconnaît de plus en plus que, dans des circonstances spéciales, la Charte peut s’appliquer à l’extérieur du Canada. Dans *Harrer*, le juge La Forest a fait une mise en garde pour que ses remarques ne soient pas interprétées comme signifiant que «la portée de la *Charte* est obligatoirement limitée au territoire canadien»⁴⁸. Il a posé le principe suivant: «le fait d’écarter automatiquement l’application de la *Charte* à l’extérieur du Canada pourrait avoir pour effet de restreindre indûment la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s’attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par nos gouvernements ou leurs mandataires»⁴⁹. Le juge La Forest cite ensuite un interrogatoire effectué aux États-Unis par la police canadienne au sujet d’une infraction aux lois canadiennes et un interrogatoire mené par des agents américains agissant à titre de mandataires de la police canadienne, comme des exemples de situations où cette règle pourrait ne pas s’appliquer. Le juge McLachlin a également fait référence à l’existence «d’exceptions» à cette règle interdisant l’application extraterritoriale de la Charte dans *Terry*.⁵⁰

Le principe voulant que les lois d’un État ne s’appliquent qu’à l’intérieur de ses frontières n’est pas absolu: *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, à la p. 20. Les États peuvent invoquer une compétence pour prescrire des infractions commises ailleurs, afin de s’attaquer à des problèmes particuliers, comme c’est le cas, par exemple, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, touchant les infractions commises à bord d’un aéronef (par. 7(1) et (2)) et celles concernant les crimes de guerre et autres crimes commis contre l’humanité (par. 7(3.71)). Un État peut, de la même manière, permettre formellement au Canada et à d’autres États de faire appliquer leurs lois sur son territoire à des fins limitées.

Plus récemment, la Cour d’appel de Colombie-Britannique, s’appuyant sur les remarques du juge La Forest dans *Harrer*, a conclu qu’une déclaration obtenue par la police canadienne aux États-Unis en vue d’être utilisée dans une poursuite contre une infraction aux lois canadiennes devrait être assujettie à l’alinéa 10b) de la Charte⁵¹. La Cour a adopté un raisonnement semblable au raisonnement fondé sur la «dissuasion» élaboré dans *Brulay*.⁵²

[TRADUCTION] Dans notre système de justice criminelle, on s’attend à ce que des déclarations provenant de person-

will be obtained by Canadian police authorities fairly, without abuse, in accordance with Canadian legal precepts of “voluntariness” and in accordance with the rights set forth in s. 10(b) of the Charter. That expectation should prevail whether the statement is obtained by Canadian police authorities within this country or abroad. To preclude the operation of the Charter to statements obtained by Canadian police authorities on foreign soil would encourage the proliferation of unacceptable police procedures.

- 68 These examples demonstrate that the settled rule regarding extra-territorial application of the Charter is being refined to better reflect the underlying purposes of the Charter. The aim of the Charter is to regulate the conduct of our government in its dealings with individuals by ensuring that it complies with certain basic liberal democratic values. Hence, in this context, where the Charter can prevent unjustified intrusions upon individual privacy, it should be applied, unless to do so would interfere with the sovereign authority of another state.

(b) Is the respondent’s security against unreasonable search and seizure infringed by the letter of request?

- 69 In order for the letter of request to engage section 8, it must be a government action which interferes with the individual’s security against unreasonable search and seizure. Section 8 does not merely penalize or forbid unreasonable searches and seizures; it prohibits interference with one’s security against unreasonable searches and seizures. This is clearly a broader protection than a mere bar against unreasonable search and seizure, in that there is a possible prophylactic aspect to the protection. The Supreme Court has taught us that we cannot wait to vindicate the right to privacy until after it has been violated and that it must be protected at the point of disclosure.⁵³ The question to be asked, therefore, is not whether a letter of request is a “search”. To answer that question positively would require us to employ a very broad meaning of the word. Rather, the question to be asked is whether the letter of request jeopardizes the respondent’s reasonable expectation of privacy, his security against unreasonable search and seizure. Such an approach allows

nes accusées d’un crime seront obtenues par les autorités policières canadiennes en toute équité, sans abus, conformément aux préceptes juridiques du «caractère volontaire» et aux droits énoncés à l’alinéa 10b) de la Charte. Cette attente devrait être respectée que la déclaration soit obtenue par la police canadienne au Canada ou à l’étranger. Empêcher l’application de la Charte aux déclarations obtenues par la police canadienne en territoire étranger encouragerait la prolifération de procédures policières inacceptables.

- 68 Ces exemples démontrent que la règle établie concernant l’application extraterritoriale de la Charte s’épure de façon à mieux traduire les objectifs sous-jacents de la Charte. Celle-ci a pour but de régler la conduite de notre gouvernement dans ses rapports avec les particuliers en s’assurant qu’il respecte certaines valeurs démocratiques libérales et fondamentales. Dans ce contexte donc, lorsque la Charte peut prévenir les intrusions injustifiées dans la vie privée des particuliers, elle devrait s’appliquer, à moins que cette application ne constitue une ingérence sur l’autorité souveraine d’un autre État.

b) La lettre de demande porte-t-elle atteinte à la protection garantie à l’intimé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives?

- 69 Pour que la lettre de demande entraîne l’application de l’article 8, elle doit être considérée comme une mesure gouvernementale qui porte atteinte à la protection garantie aux particuliers contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L’article 8 ne se contente pas de pénaliser ou d’interdire les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives; il interdit également toute ingérence dans la protection garantie à une personne contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il s’agit manifestement d’une protection beaucoup plus large qu’une simple interdiction visant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, en ce sens que cette protection s’accompagne peut-être d’un élément prophylactique. La Cour suprême nous a enseigné que nous ne pouvons attendre de faire valoir le droit à la vie privée qu’après qu’il a été violé et que ce droit doit être protégé au point de divulgation⁵³. Par conséquent, la question qu’il faut se poser n’est pas de savoir si la lettre de demande est une «fouille ou une perquisition». Répondre par l’affirmative à cette

the Court to identify the letter of request which triggered the collection of evidence in Switzerland as a source of jeopardy to the respondent's privacy interest without having to characterize it as a "search". I shall analyze this further.

70 The appellant argues that the letter of request did not interfere with the respondent's privacy interest because it could not compel Swiss authorities to execute a search and seizure of the requested evidence. Without legal force, it is submitted, the letter of request could not threaten the reasonable expectation of privacy which is the trigger for section 8 protection. The search and seizure did not begin, according to the appellant, until Swiss authorities, acting under their own law, elected to respond to the request and execute the search. The respondent asserts that this position artificially distinguishes between a request, which would in all probability be acted upon, and the physical seizure of the information, which is counter to the spirit of *Hunter* which seeks to reduce unjustified intrusions on the privacy of individuals.

71 The Motions Judge was convinced that the respondent's security from unreasonable search and seizure had been affected by the reasonable expectation that the request would be acted upon by Swiss authorities. I agree with the Motions Judge. First, a reasonable expectation of privacy existed in the information sought. The appellant concedes that there is a privacy interest in banking records in Canada, but argues that the privacy interest cannot be maintained when an individual chooses to bank outside of Canada. This logic ignores the fundamental shift which has occurred in the law of search and seizure and which is best articulated in the oft-cited

question exigerait que nous donnions aux termes un sens très large. La question est plutôt de savoir si la lettre de demande compromet l'attente raisonnable de l'intimé en matière de vie privée, la protection qui lui est assurée à l'encontre des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives. Cette façon de poser la question permet à la Cour de considérer la lettre de demande qui est à l'origine de la collecte d'éléments de preuve en Suisse comme une source de menaces au droit de l'intimé à la vie privée sans avoir à la qualifier de «fouille ou de perquisition». J'analyserai ce point plus en détail.

L'appelant fait valoir que la lettre de demande ne porte pas atteinte au droit de l'intimé à sa vie privée parce qu'il ne pouvait obliger les autorités suisses à effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie des éléments de preuve demandés. Si elle est privée de force exécutoire, prétend-il, la lettre de demande ne peut menacer l'attente raisonnable en matière de vie privée qui est l'élément déclencheur de la protection offerte par l'article 8. Il n'y a pas eu de fouille, de perquisition et de saisie, selon l'appelant, tant que les autorités suisses, agissant en vertu de leur propre droit, n'ont pas choisi de répondre à la demande et d'effectuer la fouille ou la perquisition. L'intimé affirme que cette position établit une distinction artificielle entre une demande à laquelle, selon toute probabilité, on aura donné suite, et la saisie effective des renseignements, qui est contraire à l'esprit de *Hunter* dans lequel on cherchait à réduire le nombre d'intrusions injustifiées de l'État dans la vie privée des particuliers.

Le juge des requêtes s'est dit convaincu qu'on avait porté atteinte à la protection assurée à l'intimé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives parce qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les autorités suisses donnent suite à la demande. Je suis d'accord avec le juge des requêtes. Tout d'abord, il y avait une attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui concerne les renseignements recherchés. L'appelant admet qu'il existe un droit à la protection des dossiers bancaires au Canada, mais il fait valoir que ce droit à la vie privée ne peut être garanti quand une personne choisit de faire ses affaires bancaires à l'extérieur du

statement of Stewart J. that the U.S. Constitution's guarantee against unreasonable search and seizure "protects people, not places".⁵⁴ Dickson J. explicitly adopted this philosophy in *Hunter*, stating that it was "equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*".⁵⁵ So too, Justice La Forest reiterated in *R. v. Colarusso* that "what is protected by s. 8 is people, not places or things" and it must be "purposively applied".⁵⁶ Therefore, an approach to protection against unreasonable search and seizure which focuses on the impact of the search or seizure on the individual cannot be reconciled with the position that a person may have a privacy interest in banking information in Canada but not in Switzerland. The impact of the government action on the privacy interest of individuals, the "people", is the same in each case, though the places may be different.

Canada. Cette logique ignore l'évolution fondamentale qui s'est produite dans le droit en matière de fouille, de perquisition et de saisie et qui n'a jamais été mieux formulée que dans la déclaration souvent citée du juge Stewart qui affirme que la garantie de la Constitution américaine à l'encontre des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives [TRADUCTION] «protège les personnes et non les lieux»⁵⁴. Le juge Dickson a explicitement adopté ce principe dans l'arrêt *Hunter*, en déclarant qu'il était «également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*»⁵⁵. De même, le juge La Forest a réitéré dans *R. c. Colarusso* que «la protection de l'art. 8 est accordée aux personnes et non pas à des lieux ou à des choses» et qu'elle doit en conséquence «s'interpréter d'une manière qui permette d'atteindre cet objectif»⁵⁶. Par conséquent, une interprétation de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui met l'accent sur les répercussions de la fouille, de la perquisition ou de la saisie sur l'individu ne peut être compatible avec la position selon laquelle une personne peut avoir un droit à la protection de sa vie privée touchant ses renseignements bancaires au Canada, mais non en Suisse. L'effet des mesures gouvernementales sur le droit à la vie privée des particuliers, qui sont des «personnes», est le même dans chaque cas, bien que les lieux varient.

72 The inclusion of informational privacy within the scope of section 8 has been addressed on numerous occasions by the Supreme Court. In *Dyment*, La Forest J. stated:⁵⁷

In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

Sopinka J. also commented on the privacy interest engaged by information about oneself in *R. v. Plant*.⁵⁸

L'inclusion d'un droit à la protection des renseignements à l'intérieur de la portée de l'article 8 a été abordée à plusieurs reprises par la Cour suprême. Dans *Dyment*, le juge La Forest déclare ceci⁵⁷:

Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Le juge Sopinka a également fait des observations sur le droit à la vie privée touchant des renseignements personnels dans *R. c. Plant*⁵⁸:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual.

73 Certainly, not all information about a person will fit within the “biographical core” referred to by Sopinka J. The factors relevant to such a determination include the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained, and the seriousness of the crime being investigated.⁵⁹ The letter of request which is at issue on this appeal sought any and all details which existed at the Schweizerischer Bankverein in connection with the respondent. Specifically, it requested that the Swiss authorities:

Provide all banking information available at the Schweizerischer Bankverein Zurich, 6 Paradeplatz, Zurich, for any accounts in the names of Karlheinz SCHREIBER, Frank MOORES, Brian MULRONEY, International Aircraft Leasing and Kensington Anstalt, or which they hold power of attorney, or in which they are the beneficial owners, in particular account numbers 18679 (Mr. SCHREIBER), 34107 & 34117 both believed to be registered to Mr. MOORES. We require copies of the signature cards and other forms used to open the accounts, transaction records including deposit slips, cheques, drafts, transfer forms etc. showing the flow of funds through the accounts, and all general correspondence between the clients (Mr. MULRONEY, Mr. MOORES, and Mr. SCHREIBER) and the bank, for the period of September 4, 1984 to present. The account managers for these accounts are believed to be Andre STROBEL and Paul SCHNEIDER.

In *Plant*, Sopinka J. found that computerized electricity records maintained by a utility commission did not fit within the “core” of protected information primarily because they were collected in the context of a commercial relationship which did not involve confidential communications. Instead, the informa-

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu.

De toute évidence, ce ne sont pas tous les renseignements sur une personne qui appartiendront à cet «ensemble de renseignements biographiques» auxquels faisait référence le juge Sopinka. Les facteurs qui permettront de faire ce choix sont la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête⁵⁹. La lettre de demande qui fait l'objet du présent appel demandait tous les détails dont disposaient la Schweizerischer Bankverein concernant l'intimé. Plus précisément, on demandait aux autorités suisses ce qui suit:

[TRADUCTION] Fournir tous les renseignements bancaires disponibles à la Schweizerischer Bankverein Zurich, 6 Paradeplatz, Zurich, concernant tous les comptes ouverts au nom de Karlheinz SCHREIBER, Frank MOORES, Brian MULRONEY, International Aircraft Leasing et Kensington Anstalt, ou pour lesquels ils ont une procuration, ou dont ils sont les titulaires bénéficiaires, plus particulièrement pour les comptes n^{os} 18679 (M. SCHREIBER), 34107 et 34117, qui seraient tous deux enregistrés au nom de M. MOORES. Nous demandons des copies des fiches signature et d'autres imprimés utilisés pour l'ouverture des comptes, les relevés d'opérations, y compris les bordereaux de dépôt, les chèques, les traites, les formules de virement, etc., attestant les mouvements de fonds dans les comptes et toute la correspondance générale entre les clients (M. MULRONEY, M. MOORES et M. SCHREIBER) et la banque, pour la période allant du 4 septembre 1984 à ce jour. Selon nos informations, les directeurs de ces comptes seraient Andre STROBEL et Paul SCHNEIDER.

Dans *Plant*, le juge Sopinka a conclu que les dossiers d'électricité informatisés tenus par une commission de services publics ne faisaient pas partie de cet «ensemble» de renseignements protégés, principalement parce que ces renseignements avaient été recueillis dans le cadre d'une relation commerciale

tion was available to the police through a computer data bank. The information was also available, upon request, to members of the public wishing to find out about energy consumption at a particular address.

74 In contrast, the bank records sought in the letter of request, unlike electricity consumption records, reveal important and personal details about an individual. The heightened privacy interest in banking records was described by Puddester J. in *R. v. Eddy (T.)* as a “substantially greater expectation of privacy relating to the records of an individual’s personal financial position, and the pattern of the individual’s operating on his or her bank account”.⁶⁰ Puddester J. found in that case that warrantless inquiries by the police at a bank regarding the identity of a bankbook holder and about a major transaction which took place on that account did interfere with a reasonable expectation of privacy. In part because of this privacy interest, the relationship between a customer and his or her bank is characterized at common law by a duty of confidentiality and secrecy.⁶¹ This duty was also discussed by McCombs J. in *R. v. Lillico*.⁶²

... the bank ... has an obligation to keep the information confidential. It is an implied term of the contract between a bank and its customer that the bank will not divulge information about the state of the customer’s account or any of the transactions, or any information relating to the customer acquired through the keeping of the account, unless the bank is either compelled by a court order to do it, or the circumstances give rise to a public duty of disclosure: see *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.).

A bank is not at liberty to freely disclose information about its customers’ accounts and bank activity to members of the public or the police. The information cannot be obtained by any member of the public wishing to find out more about the banking

qui ne s’accompagnait pas de communications confidentielles. La police pouvait avoir accès aux renseignements par l’entremise d’une banque de données informatiques. Les renseignements pouvaient également être communiqués, sur demande, aux membres du public souhaitant s’enquérir de la consommation d’électricité à une adresse donnée.

Par contraste, les dossiers bancaires réclamés dans la lettre de demande, contrairement aux dossiers de consommation d’électricité, révèlent des détails importants et personnels au sujet d’une personne. Le droit accru à la vie privée pour ce qui est des dossiers bancaires a été décrit par le juge Puddester dans *R. v. Eddy (T.)* de la façon suivante: [TRADUCTION] «une attente beaucoup plus grande quant au respect de la vie privée applicable aux dossiers concernant la situation financière personnelle et le mode d’opération du compte bancaire⁶⁰» d’une personne. Dans cette affaire, le juge Puddester a conclu que les recherches effectuées sans mandat par la police dans une banque en vue d’obtenir l’identité d’un titulaire de compte et au sujet d’une opération importante touchant ce compte portaient effectivement atteinte à une attente raisonnable en matière de vie privée. C’est en partie à cause de ce droit à la protection de la vie privée que la relation entre un client et sa banque s’accompagne en common law d’une obligation de confidentialité⁶¹. Cette obligation a également été analysée par le juge McCombs dans *R. v. Lillico*⁶²:

[TRADUCTION] ... la banque ... a l’obligation de garder les renseignements confidentiels. C’est une condition implicite du contrat conclu entre elle et son client qu’elle ne divulguera pas de renseignements au sujet de l’état du compte de son client ou au sujet des opérations qui y sont effectuées, ni aucun renseignement ayant trait au client obtenu du fait que le compte est tenu à la banque, à moins que celle-ci ne soit obligée par une ordonnance judiciaire de divulguer ce type de renseignements, ou que les circonstances donnent lieu à une obligation de divulgation d’ordre public: voir *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.).

Une banque n’a donc pas toute latitude pour divulguer librement les renseignements sur les comptes et les activités bancaires de ses clients au public ou à la police. Les renseignements ne peuvent être communiqués à quiconque souhaite en apprendre davan-

74

affairs of the respondent. McCombs J. ultimately declined, in *Lillico*, to apply section 8 to a warrantless inquiry which determined that a cheque had been deposited into a particular account and that there had been significant account activity afterwards. The inquiry contained in the letter of request is distinguishable, however, because it was extremely broad-reaching and, essentially, directed the Swiss authorities to provide the Canadian government with a complete picture of the banking affairs of the respondent. The nature of the relationship in this case points to the existence of a reasonable expectation of privacy.

75 The manner in which the requested information must be obtained further suggests that the respondent held a reasonable expectation of privacy in his Swiss banking records. This criteria has been explained as follows: “if the information is readily available to the police without invoking the assistance of a third party for the particular query, it will be less readily characterized as an invasion of the subject’s reasonable expectation of privacy”.⁶³ In *Plant*, the records on electricity consumption were directly available to the police. In this case, however, the information could not be obtained without the assistance of Swiss authorities who, according to the agreed statement of facts, “issued an Order for the seizure of documents and records relating to the [respondent]’s aforesaid accounts”. In light of these indicia, the fact that the information is located in Switzerland instead of Canada does nothing to diminish the reasonable expectation of privacy to which these factors point.

76 The last factor enumerated in *Plant* is the seriousness of the crime under investigation. The implications of this fact have been discussed in light of the purpose of section 8 protection:⁶⁴

Of the factors identified by the Court for consideration in this analysis, this one is difficult to reconcile with other elements of the s. 8 privacy analysis. Those cases had

tage sur les affaires bancaires de l’intimé. Le juge McCombs a finalement refusé, dans *Lillico*, d’appliquer l’article 8 à des recherches effectuées sans mandat qui ont permis de déterminer qu’un chèque avait été déposé dans un compte particulier et que celui-ci avait par la suite connu une activité importante. Les recherches dont il est question dans la lettre de demande peuvent toutefois être distinguées de cette affaire, parce que la lettre était rédigée de façon extrêmement large, et essentiellement, ordonnait aux autorités suisses de fournir au gouvernement canadien un aperçu complet des affaires bancaires de l’intimé. La nature de la relation dans cette affaire tend à confirmer l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée.

La manière dont les renseignements demandés 75 doivent être obtenus laisse de plus entendre que l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée au sujet de ses dossiers bancaires suisses. Ce critère a été expliqué de la façon suivante: [TRADUCTION] «si la police a facilement accès aux renseignements sans avoir recours à l’aide d’un tiers pour cette recherche en particulier, on sera moins porté à qualifier cette demande d’intrusion portant atteinte à l’attente raisonnable du sujet quant au respect de sa vie privée»⁶³. Dans l’arrêt *Plant*, la police avait directement accès aux dossiers sur la consommation d’électricité. Toutefois, en l’espèce, les renseignements ne pouvaient être obtenus sans l’assistance des autorités suisses qui, selon l’exposé conjoint des faits, «ont ordonné la saisie de documents et de dossiers concernant les comptes susdits [de l’intimé]». Compte tenu de tous ces indices, le fait que les renseignements se trouvent en Suisse et non au Canada ne diminue en rien l’attente raisonnable en matière de vie privée que ces facteurs tendent à faire ressortir.

Le dernier facteur énuméré dans *Plant* est la gravité 76 du crime faisant l’objet de l’enquête. Les implications de cet élément ont été discutées au vu de l’objectif poursuivi par la protection offerte par l’article 8⁶⁴:

[TRADUCTION] Parmi les facteurs identifiés par la Cour dont la présente analyse doit tenir compte, celui-ci est difficile à rapprocher d’autres éléments pertinents à l’ana-

suggested that an expectation of privacy was not dependent on the police position relative to the information being sought. Whether the subject was entitled to expect privacy should not ordinarily be determined by the reasons motivating the police interest in the information in question. This factor might well be highly relevant to a consideration of whether the search was *reasonable* when considered in its context, and might be a powerful factor in s. 24(2) analysis, but it does not fit cleanly into a consideration of whether the individual has a reasonable expectation of privacy.

I find this criticism persuasive and therefore decline, at this point, to comment on the seriousness of the crime being investigated.

77 Having established that the location of the information outside the country does not diminish the respondent's reasonable expectation of privacy, I turn now to a consideration of how sending the letter of request is a government action which threatens an individual's security against unreasonable search and seizure. The constitutionality of a state-sanctioned search and seizure is only partially determined by the manner in which it is executed. The initiation and authorization process is equally important to the determination of constitutionality. To limit the protection of section 8 of the Charter to the physical execution of searches or seizures would seriously undermine its effectiveness in protecting the privacy interests of individuals from unjustifiable or unreasonable intrusions by the state.

78 *Hunter v. Southam* is a case in which the focus was on the adequacy of the legislation authorizing searches in certain situations, and is illustrative of this point.⁶⁵

... the issue in this appeal concerns the constitutional validity of a statute authorizing a search and seizure. It does not concern the reasonableness or otherwise of the manner in which the appellants carried out their statutory authority. It is not the conduct of the appellants, but rather the legislation under which they acted, to which attention must be directed.

lyse du droit à la vie privée garanti par l'article 8. Ces affaires laissaient entendre que l'attente en matière de vie privée ne dépendait pas de la position de la police au regard des renseignements recherchés. Le droit du sujet de s'attendre à ce que sa vie privée soit respectée ne devrait habituellement pas être déterminé par les raisons qui motivent l'intérêt dont la police fait preuve à l'égard des renseignements en question. Ce facteur pourrait être fort pertinent pour décider si la fouille ou la perquisition était raisonnable, une fois replacée dans son contexte, et pourrait être un facteur important dans une analyse fondée sur le paragraphe 24(2), mais il ne convient pas parfaitement à un examen visant à déterminer si l'individu a une attente raisonnable en matière de vie privée.

Je trouve cette critique convaincante et je refuse donc, pour le moment, de formuler des observations sur la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête.

Ayant établi que le fait que les renseignements se trouvent à l'extérieur du pays ne diminue pas l'attente raisonnable de l'intimé en matière de vie privée, j'examinerai maintenant comment l'envoi de la lettre de demande constitue une mesure gouvernementale qui menace le droit de l'individu à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. La manière dont une fouille, une perquisition et une saisie sanctionnée par l'État est menée ne détermine que partiellement sa constitutionnalité. Le processus de déclenchement et d'autorisation est tout aussi important à cet égard. Limiter la protection de l'article 8 de la Charte à l'exécution matérielle des fouilles, des perquisitions ou des saisies minerait gravement son efficacité à protéger les droits des particuliers au respect de leur vie privée contre les intrusions injustifiées ou abusives de l'État.

L'arrêt *Hunter c. Southam*, dans lequel l'accent était placé sur le caractère adéquat de la loi autorisant les fouilles et les perquisitions dans certaines situations, illustre bien ce point⁶⁵:

... la question en litige dans ce pourvoi concerne la constitutionnalité d'une loi autorisant des fouilles, des perquisitions et des saisies. Elle ne concerne pas le caractère raisonnable ou autre de la façon dont les appellants ont exercé les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Il faut se pencher non pas sur la conduite des appelants mais plutôt sur les textes de loi en vertu desquels ils ont agi.

On the facts in *Hunter*, Dickson J. held that the provision of the statute authorizing certain broad-ranging searches was inconsistent with section 8 of the Charter. He did this on the basis that the authorization did not have to be granted by an impartial and judicial arbiter and because authorization did not depend on evidence of reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence had been committed. The authorizing legislation itself violated section 8; the existence of an actual illegal search conducted under the statute was apparently not of importance to the holding of unconstitutionality.

D'après les faits de l'affaire *Hunter*, le juge Dickson a conclu que la disposition de la loi autorisant certaines fouilles et perquisitions très larges était incompatible avec l'article 8 de la Charte. Sa conclusion se fondait sur le fait que l'autorisation n'avait pas à être accordée par un arbitre judiciaire et impartial et ne dépendait pas de l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, permettant de croire qu'une infraction avait été commise. La loi habilitante contrevenait elle-même à l'article 8; le fait qu'une fouille ou une perquisition illégale avait réellement été effectuée en vertu de la loi n'avait apparemment aucune importance pour conclure à l'inconstitutionnalité de celle-ci.

79 The judicial review of search warrants, although usually conducted after a physical search has been made, is also guided by the principles in *Hunter*. In order to be upheld upon review, the issuance of the warrant itself must be based on reasonable inferences to support the finding of reasonable grounds to believe an offence has been committed.⁶⁶ Again, the reasonableness of the grounds on which the search was initiated are as integral to the assessment of the legality of the "search and seizure" as the manner in which the search was carried out. Each of these examples demonstrates that a purposive approach to section 8 requires constitutional protection, where possible, before the government action succeeds in invading the sphere of privacy which section 8 has mapped out.⁶⁷

Le contrôle judiciaire des mandats de perquisition, bien qu'il soit habituellement effectué après que la fouille ou la perquisition matérielle a été effectuée, se fonde également sur les principes énoncés dans *Hunter*. Pour que sa validité soit reconnue au moment du contrôle, la délivrance du mandat lui-même doit se fonder sur des inférences raisonnables permettant de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise⁶⁶. Ici encore, le caractère raisonnable des motifs à partir desquels la fouille et la perquisition a été ordonnée est aussi essentiel à l'appréciation de la légalité «de la fouille, de la perquisition et de la saisie» que la manière dont la fouille ou la perquisition a été effectuée. Chacun de ces exemples démontre que la méthode d'interprétation de l'article 8 en fonction de l'objet visé exige autant que possible une protection constitutionnelle, avant que le gouvernement soit autorisé à s'immiscer dans la sphère de protection de la vie privée délimitée par l'article 8⁶⁷.

80 The appellant argues that the letter of request imposed no legal obligation on Switzerland to comply with its terms. He, therefore, analogizes the letter of request to an application made in Canada for a search warrant or a "wiretap" authorization, and maintains that an application, unlike a search warrant or an order authorizing a search, cannot diminish the reasonable expectation of privacy which section 8 protects. This argument is problematic for several reasons. First, as the Motions Judge pointed out, judicial notice can be taken [at page

L'appelant fait valoir que la lettre de demande n'imposait à la Suisse aucune obligation légale de se conformer à ses conditions. Par conséquent, il établit une analogie entre la lettre de demande et une demande faite au Canada concernant un mandat de perquisition ou une autorisation «d'écoute électronique», et il soutient qu'une demande, contrairement à un mandat de perquisition ou à un ordre autorisant une fouille ou une perquisition, ne peut atténuer l'attente raisonnable en matière de vie privée protégée par l'article 8. Cet argument soulève des problè-

943] “of the fact that Canada would not send a letter of request to an unfriendly, uncooperative state”. The request itself states that “Canada will extend to the Government of Switzerland reciprocal cooperation and is ready and willing to render assistance to Switzerland in accordance with the law of Canada”. It also impresses upon the Swiss authorities the importance which the Canadian government attaches to its compliance. The letter states:

This investigation is of serious concern to the Government of Canada as it involves criminal activity on the part of a former Prime Minister. Further investigation cannot be conducted by the RCMP until the information available in Switzerland is received. Any priority which could be placed on this request would be greatly appreciated.

81 International cooperation according to the principle of comity is a staunchly entrenched foundation of international law. Its justification was best expressed by U.S. Chief Justice Marshall in *The Schooner Exchange v. M’Faddon & Others*,⁶⁸ when he explained that, despite the exclusive jurisdiction of a state within its own territory, reciprocal state assistance occurs as a matter of common interest. This general principle was affirmed by the Supreme Court of Canada in *Zingre v. The Queen et al.*⁶⁹ In deciding whether to issue a commission authorizing two Swiss “extraordinary investigation judges” to take testimony in Canada in order to further Swiss prosecution of its own nationals for crimes committed in Manitoba, Dickson J. wrote:⁷⁰

It is upon this comity of nations that international legal assistance rests. Thus the courts of one jurisdiction will give effect to the laws and judicial decisions of another jurisdiction, not as a matter of obligation but out of mutual deference and respect. A foreign request is given full force and effect unless it be contrary to the public policy of the jurisdiction to which the request is directed (see *Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Limited et al.*)⁷¹ or otherwise prejudicial to the sovereignty of the citizens of the latter jurisdiction.

mes pour plusieurs raisons. Tout d’abord, comme le signale le juge des requêtes, on peut prendre d’office connaissance [à la page 943] «du fait que le Canada n’enverrait pas une lettre de demande à un État hostile et peu coopératif». La demande elle-même indique que [TRADUCTION] «le Canada offrira au gouvernement suisse une collaboration réciproque et est tout disposé à aider la Suisse en conformité avec le droit du Canada». La lettre souligne également à l’intention des autorités suisses l’importance que le gouvernement canadien attache à la suite qui lui sera donnée. La lettre indique ce qui suit:

[TRADUCTION] Cette enquête préoccupe sérieusement le gouvernement du Canada puisqu’elle porte sur les activités criminelles d’un ancien Premier ministre. Aucune autre enquête ne peut être menée par la GRC avant la réception des renseignements disponibles en Suisse. Toute priorité pouvant être accordée à cette demande sera grandement appréciée.

La collaboration découlant du principe de courtoisie internationale est un élément fermement enchâssé dans le droit international. Sa justification a été très bien exprimée par le juge en chef Marshall des États-Unis dans l’arrêt *The Schooner Exchange v. M’Faddon & Others*⁶⁸, dans lequel il expliquait que, malgré le pouvoir exclusif dont dispose un État dans les limites de son propre territoire, l’intérêt commun incite les États à s’entraider. Ce principe général a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans *Zingre c. La Reine et autres*⁶⁹. Pour décider s’il devait délivrer une commission autorisant deux «juges-commissaires extraordinaires» suisses à recueillir au Canada des témoignages devant servir aux poursuites en Suisse contre ses propres ressortissants pour des crimes commis au Manitoba, le juge Dickson écrit ceci⁷⁰:

C’est sur cette courtoisie entre nations que repose l’assistance juridique internationale. Ainsi les tribunaux d’un ressort donneront effet aux lois et aux décisions judiciaires d’un autre, non parce qu’ils y sont tenus, mais par déférence et respect mutuels. On donne à une demande étrangère pleine force et plein effet, à moins qu’elle ne soit contraire à la politique générale du ressort auquel elle est destinée (voir l’arrêt *Gulf Oil Corporation c. Gulf Canada Limitée et autres*⁷¹) ou qu’elle ne porte de quelque autre manière atteinte à la souveraineté de ce dernier ressort ou à ses citoyens.

Although the appellant is correct in stating that one state cannot compel another to comply with its request, there is no evidence of any reason why the request would be refused in this case. As such, I reiterate the reasoning of the Motions Judge that, with the sending of the letter of request, there was a [at page 943] “reasonable expectation of its acceptance, and a likelihood of it being acted upon”.⁷² This “reasonable expectation”, which was both serious and immediate, is sufficient to engage section 8 of the Charter, particularly when the thrust of its protection, as stated by Dickson J. in *Hunter*, is to institute a “means of preventing unjustified searches before they happen”.⁷³

Bien que l’appelant ait raison de déclarer qu’un État ne peut en obliger un autre à se conformer à sa demande, aucun élément de preuve n’établit l’existence d’une raison pour laquelle cette demande serait refusée en l’espèce. C’est pourquoi je réitère le raisonnement du juge des requêtes qui déclare que, lorsqu’on a envoyé la lettre de demande [à la page 943], «on s’attendait raisonnablement à ce qu’elle soit acceptée et il était probable qu’on y donnerait suite»⁷². Cette «attente raisonnable», qui était à la fois sérieuse et immédiate, est suffisante pour entraîner l’application de l’article 8 de la Charte, surtout quand l’objet de la protection, comme l’indique le juge Dickson dans *Hunter*, est d’instituer «un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent»⁷³.

82 In light of this “reasonable expectation”, the analogy drawn by the appellant between the letter of request and an application for a search warrant is inapt. A closer analogy can be drawn between the letter of request and a search warrant, or an order authorizing a search or seizure. Such an order, like the letter of request, does not command or require that a search or seizure take place, but instead merely authorizes its execution should the police choose to carry it out.⁷⁴ Although an order authorizing a search or seizure to take place does not compel the police to undertake a search or seizure, it creates a “reasonable expectation” that a search or seizure will occur in the immediate future, usually within the time period stated in the order. An example of this distinction might arise where a peace officer obtains a warrant to search a certain location for evidence of a criminal offence, but then chooses not to proceed with the investigation. Although the search has been “authorized” by a justice of the peace, he or she does not order the search to proceed. With both the letter of request and the search warrant, therefore, the state has armed itself with the power to intrude upon a reasonable expectation of privacy held by an individual in order to satisfy the interests of law enforcement, although no legal requirement exists to compel the search. It should follow from this that in each case, the state should equally be required to seek prior authorization on the basis of “reasonable and probable grounds”, as

82 Au vu de cette «attente raisonnable», l’analogie établie par l’appelant entre la lettre de demande et une demande de mandat de perquisition n’est pas appropriée. Il serait plus juste d’établir une analogie entre la lettre de demande et un mandat de perquisition, ou une ordonnance autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie. Une telle ordonnance, comme la lettre de demande, n’exige pas que la fouille, la perquisition ou la saisie ait lieu, mais elle autorise simplement son exécution si la police choisit d’y donner suite⁷⁴. Bien qu’une ordonnance autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie n’oblige pas la police à faire cette fouille, cette perquisition ou cette saisie, elle crée une «attente raisonnable» que celle-ci se produira dans un avenir immédiat, habituellement dans le délai qui y est indiqué. Pour illustrer cette distinction, on peut citer le cas d’un agent de la paix qui obtient un mandat pour fouiller ou perquisitionner un endroit donné à la recherche d’éléments de preuve démontrant qu’une infraction criminelle y a été commise, mais qui choisit ensuite de ne pas poursuivre l’enquête. Bien que la fouille ou la perquisition ait été «autorisée» par un juge de paix, celui-ci n’ordonne pas qu’elle soit réellement effectuée. Dans le cas de la lettre de demande comme dans celui du mandat de perquisition, par conséquent, l’État s’est donné le pouvoir d’empiéter sur l’attente raisonnable en matière de vie privée d’un particulier afin d’affirmer son droit de veiller à l’application de la loi, bien

the Canadian standard for the issuance of a search warrant mandates.

qu'aucune exigence légale ne l'oblige à procéder à la fouille ou à la perquisition. Il devrait s'ensuivre que, dans chaque cas, l'État devrait également être tenu de demander une autorisation préalable fondée sur l'existence de «motifs raisonnables et probables», comme l'exige la norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition.

83 For these reasons, I conclude that, unless a letter of request complies with the *Hunter v. Southam* standard, it would jeopardize the security from unreasonable search and seizure which section 8 was designed to prevent.

Pour ces motifs, je conclus qu'à moins de respecter la norme établie dans *Hunter c. Southam*, une lettre de demande porte atteinte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que l'article 8 vise à interdire. 83

(c) Other Issues

c) Les autres questions litigieuses

(i) The role of section 7 and paragraph 11(d):

(i) Le rôle de l'article 7 et de l'alinéa 11d):

84 It has been argued by the Crown that any possible unfairness resulting from a narrow interpretation of section 8 can be rectified by the exclusion of evidence on the basis section 7 and paragraph 11(d) as McLachlin J. explained in the context of the admissibility of evidence gathered abroad as follows:⁷⁵

Le ministère public a fait valoir qu'on peut remédier à tout risque d'injustice découlant d'une interprétation stricte de l'article 8 en excluant les éléments de preuve aux termes de l'article 7 et de l'alinéa 11d) comme l'expliquait le juge McLachlin dans le contexte de l'admissibilité de la preuve recueillie à l'étranger dans les termes suivants⁷⁵: 84

The *Charter* guarantees the accused a fair trial: s. 11(d). More generally, the *Charter* provides that the accused's liberty cannot be limited except in accordance with the principles of fundamental justice: s. 7. To admit evidence gathered in an abusive fashion may well violate the principles of fundamental justice The accused may use these and other principles of fundamental justice to obtain redress for abuses abroad in gathering evidence subsequently tendered against him or her.

La *Charte* garantit à l'accusé un procès équitable: al. 11d). De façon plus générale, la *Charte* prévoit que la liberté de l'accusé ne peut être limitée que conformément aux principes de justice fondamentale: art. 7. Il se peut bien que l'utilisation d'éléments de preuve recueillis d'une façon abusive viole les principes de justice fondamentale . . . L'accusé peut invoquer ces principes et d'autres principes de justice fondamentale pour obtenir réparation pour des abus commis à l'étranger lors de la collecte d'éléments de preuve subséquemment déposés contre lui.

Although these provisions certainly may reduce the potential unfairness, they are of limited application. First, it is not the evidence-gathering process in Switzerland which concerns the respondent on this appeal, but rather the initiation of that process here in Canada. Second, where the privacy interest is the catalyst for engaging section 8 protection, it is critical that unreasonable searches or seizures be prevented rather than condemned after they occur. This is the motivating reason behind the prior authorization requirement in *Hunter*. Exclusion of evidence after the fact does not achieve this purpose.

Bien que ces dispositions puissent certainement réduire le risque d'injustice, elles sont d'une application limitée. Tout d'abord, ce n'est pas le processus de collecte des éléments de preuve en Suisse qui préoccupe l'intimé dans le présent appel, mais bien le fait que cette procédure ait pris naissance au Canada. Deuxièmement, si son droit à la vie privée est le catalyseur qui entraîne l'application de la protection offerte par l'article 8, il est essentiel de prévenir les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives plutôt que de les condamner après le fait. C'est le motif déterminant qui sous-tend le système d'autorisation préalable exigé dans *Hunter*. L'exclu-

(ii) Availability of constitutionally permissible techniques for instituting a letter of request:

sion de la preuve après le fait ne permet pas d'atteindre cet objectif.

(ii) La possibilité de faire appel à des techniques d'enquête admissibles sur le plan constitutionnel pour présenter une lettre de demande:

85 I am also unpersuaded by the argument that under the current state of the law, the government should not be held to the standard set out in *Hunter* because it could not have obtained prior authorization of the letter of request under existing *Criminal Code* provisions. The Motions Judge, relying on Sopinka J.'s reasoning in *R. v. Kokesch*, responded to this argument by stating that, whether or not such a procedure existed, "the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative technique".⁷⁶ Sopinka J. made this statement in the context of a refusal to allow a warrantless search where the prime reason for failure to obtain the warrant was lack of reasonable and probable grounds on which to obtain such a warrant. While the same cannot necessarily be said of the failure to obtain a warrant in the case at bar, these words remind us that the protection of individual rights does not depend upon the convenience of those engaged in law enforcement. The goals of law enforcement are often made more difficult by the need to respect individual rights.

85 Je ne suis pas non plus convaincu par l'argument que, dans l'état actuel du droit, le gouvernement ne devrait pas être tenu de respecter la norme énoncée dans *Hunter* parce qu'il ne pouvait pas faire autoriser au préalable la lettre de demande en vertu des dispositions actuelles du *Code criminel*. S'appuyant sur le raisonnement du juge Sopinka dans *R. c. Kokesch*, le juge des requêtes a répondu à cet argument en déclarant que, abstraction faite de l'existence d'une telle procédure, «l'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d'enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel»⁷⁶. Le juge Sopinka a fait cette déclaration dans une affaire où il a refusé d'autoriser une perquisition sans mandat parce que le motif principal invoqué pour ne pas s'être procuré ce mandat était l'absence de motifs raisonnables et probables permettant de l'obtenir. Bien que l'on ne puisse pas nécessairement affirmer la même chose au sujet de l'omission d'obtenir un mandat en l'espèce, ces mots nous rappellent que la protection des droits de la personne ne repose pas sur la commodité des moyens à la portée des autorités chargées de l'application de la loi. La nécessité de respecter les droits des particuliers rend souvent les objectifs de l'application de la loi plus difficiles à réaliser.

86 Furthermore, it may well be that prior judicial approval for the request could be obtained through subsection 487.01(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 40, s. 15] of the *Criminal Code*. It provides:

86 En outre, il se peut fort bien que l'autorisation judiciaire préalable de la demande puisse être obtenue en invoquant le paragraphe 487.01(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 40, art. 15] du *Code criminel*. Ce paragraphe est rédigé dans les termes suivants:

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

487.01 (1) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien:

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

This provision of the *Criminal Code* was enacted, as recognized by the appellant, in order to fill any potential “gap” in the ability of peace officers to obtain prior judicial authorization of a search or seizure in accordance with *Hunter*. Given the existing lack of legislation governing the sending of letters of request in Canada, the case at bar might well fall within such a “gap”. Furthermore, prior authorization for a “device or investigative technique”, in the form of a letter of request, might have been obtained by a member of the RCMP instead of a member of the Department of Justice. Although section 487.01 only authorizes a police officer to execute the warrant, the RCMP might have named the Department of Justice pursuant to section 487.02 [as enacted *idem*] in order to authorize their assistance. Section 487.02 provides:

487.02 Where an authorization is given under section 184.2, 184.3, 186 or 188, a warrant is issued under section 487.01 or 492.1 or subsection 492.2(1) or an order is made under subsection 492.2(2), the judge or justice who gives the authorization, issues the warrant or makes the order may order any person to provide assistance where the person’s assistance may reasonably be considered to be required to give effect to the authorization, warrant or order.

Had the Canadian authorities proceeded in this way, and assuming that it was an available route, the initial requirement in *Hunter* would have been satisfied and the letter of request would have complied with the Canadian constitutional standard for the issuance of a search warrant.

a) si le juge est convaincu, à la suite d’une dénonciation par écrit faite sous serment, qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l’infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l’accomplissement d’un tel acte;

b) s’il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l’administration de la justice;

c) s’il n’y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l’accomplissement d’un tel acte.

Cette disposition du *Code criminel* a été adoptée, comme le reconnaît l’appelant, pour combler toute «lacune» potentielle dans la capacité des agents de la paix d’obtenir une autorisation judiciaire préalable en vue d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie conformément à l’arrêt *Hunter*. Compte tenu de l’absence de dispositions législatives régissant l’envoi de lettres de demande au Canada, il se pourrait fort bien que le cas en l’espèce constitue une telle «lacune». En outre, l’autorisation préalable d’un «dispositif ou [d]une technique d’enquête», prenant la forme d’une lettre de demande, aurait pu être obtenue par un membre de la GRC, plutôt que par un fonctionnaire du ministère de la Justice. Bien que l’article 487.01 autorise uniquement un agent de police à exécuter le mandat, la GRC aurait pu désigner le ministère de la Justice aux termes de l’article 487.02 [édicte, *idem*] afin d’autoriser son assistance. L’article 487.02 est rédigé dans les termes suivants:

487.02 Le juge ou le juge de paix qui a accordé une autorisation en vertu des articles 184.2, 184.3, 186 ou 188, décerné un mandat en vertu des articles 487.01 ou 492.1 ou du paragraphe 492.2(1) ou rendu une ordonnance en vertu du paragraphe 492.2(2) peut ordonner à toute personne de prêter son assistance si celle-ci peut raisonnablement être jugée nécessaire à l’exécution des actes autorisés, du mandat ou de l’ordonnance.

Si les autorités canadiennes avaient procédé de cette façon, et en supposant qu’il s’agissait d’un moyen accessible, la condition initiale énoncée dans *Hunter* aurait pu être satisfaite et la lettre de demande aurait respecté la norme constitutionnelle canadienne applicable à la délivrance d’un mandat de perquisition.

87 If this means of obtaining prior authorization is not available or if it is deemed unsuitable, Parliament may be required to create a new mechanism for obtaining authorization of international letters of request. If the judgment of this Court were to have such an effect, it would not be unprecedented, as there are many instances in which violations of the Charter have required remedial legislative action.⁷⁷ The spectre of the need for legislative action cannot inhibit the Court from declaring unconstitutional conduct to be unconstitutional.

(iii) Diminished effectiveness of investigation and prosecution:

88 I wish to address briefly the concern of the appellant that the imposition of the Charter on Canadian letters of request will result in less effective investigation and prosecution of criminal offences which require international co-operation on either a formal or an informal basis. First, if the Charter is to be taken seriously, the courts are obligated to ensure that the values contained in it are respected, even if that may be inconvenient or even burdensome to law enforcement. Therefore, while it is important to bear in mind the difficulty of prosecuting such crimes, it is equally important to ensure that Canadian authorities are not able to circumvent the Charter in the investigation and prosecution of an offence in Canada simply because it involves the collection of evidence abroad. Such conduct was admonished in the domestic context by the Supreme Court in *R. v. Colarusso*, when it held that the seizure of a legally obtained blood sample from a hospital for the purposes of criminal prosecution of an individual was a "too convenient way of getting around the requirements set forth in *Hunter* and in *Dymont* for seizing property for purposes of law enforcement".⁷⁸ Second, requiring Canadian officials to comply with section 8 of the Charter prior to initiating an international request has no effect on their ability to obtain effective international assistance because it does not impose any additional burden on the requested state. It simply means that international searches triggered

87 Si cette façon d'obtenir une autorisation préalable n'est pas accessible ou si elle est jugée non convenable, le Parlement devra peut-être créer un nouveau mécanisme pour l'octroi de l'autorisation applicable aux lettres de demande internationales. Ce ne serait pas la première fois qu'un jugement de la présente Cour aurait un tel effet, comme en font foi les nombreux cas dans lesquels des violations de la Charte ont exigé l'adoption de mesures législatives pour remédier à la situation⁷⁷. Le spectre de la nécessité d'adopter de nouvelles dispositions législatives ne peut empêcher la Cour de déclarer qu'une conduite non constitutionnelle est effectivement contraire à la Constitution.

(iii) L'efficacité amoindrie des enquêtes et des poursuites:

88 Je voudrais traiter brièvement de la préoccupation de l'appelant selon laquelle l'imposition de la Charte aux lettres de demande canadiennes aura pour effet d'atténuer l'efficacité des enquêtes et des poursuites concernant les infractions criminelles qui exigent une collaboration internationale, officielle ou non. Tout d'abord, pour que la Charte soit prise au sérieux, il faut que les tribunaux s'assurent que les valeurs qui y sont enchâssées seront respectées, même si cela peut causer des inconvénients aux organismes d'application de la loi, ou alourdir leur fardeau. Par conséquent, bien qu'il soit important de garder à l'esprit les difficultés que pose la lutte contre le crime, il est tout aussi important de s'assurer que les autorités canadiennes ne peuvent contourner la Charte dans les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions commises au Canada simplement parce que celles-ci s'accompagnent d'une collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Cette conduite a été réprimandée par la Cour suprême dans le contexte d'une affaire nationale, *R. c. Colarusso*, où elle a statué que la saisie d'un échantillon de sang légalement obtenu d'un hôpital pour les fins d'une poursuite criminelle intentée contre une personne était «une façon trop commode de contourner les exigences posées dans les arrêts *Hunter* et *Dymont* relativement à la saisie de biens aux fins de l'application de la loi»⁷⁸. Deuxièmement, exiger que les agents canadiens respectent l'article 8 de la Charte avant de

by Canadian officials will be subject to the same standard as searches which take place wholly within Canada.

faire une demande internationale n'a aucun effet sur leur capacité d'obtenir une assistance internationale efficace, parce que cela n'impose pas de fardeau additionnel à l'État requis. Cela signifie simplement que les fouilles et les perquisitions internationales demandées par les autorités canadiennes seront assujetties à la même norme que les fouilles et les perquisitions qui se passent totalement au Canada.

89 In conclusion, I agree with the Motions Judge that the answer to the question is yes. I would, therefore, dismiss the appeal with costs. There will be a suspension of this judgment for the same reasons and on similar terms as those granted by Mr. Justice Gibson on August 15, 1996 [[1996] 3 F.C. 947 (T.D.)], until the time for leave to appeal expires or until such time as the Supreme Court of Canada disposes of any application for leave to appeal that may be launched or further order of the Court. The freeze on further action by the Swiss government shall remain in effect pending the outcome of any appeal that may be taken.

En conclusion, je suis d'accord avec le juge des requêtes qui a décidé de répondre affirmativement à la question. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens. L'effet du présent jugement est suspendu pour les mêmes raisons et aux mêmes conditions que celles qui ont été énoncées par le juge Gibson le 15 août 1996 [[1996] 3 C.F. 947 (1^{re} inst.)], jusqu'à l'expiration du délai d'appel ou jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada se prononce sur toute demande d'autorisation de pourvoi ou rende toute autre ordonnance. La suspension de toute autre mesure que pourrait prendre le gouvernement suisse demeure en vigueur en attendant l'issue de tout appel qui pourra être formé.

HENRY D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris à ces motifs.

¹ Rule 475 allows parties to an action to agree to put a question before the Federal Court "in the form of a special case for adjudication before trial or in lieu of trial". *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as amended.

² R.S.C., 1985, c. C-46, as amended.

³ As a result of this letter becoming public, Mr. Mulroney launched a 50 million dollar civil libel suit against the federal government, which was recently settled. The terms of the settlement included a letter of apology and payment of Mr. Mulroney's legal costs. Following this settlement, letters of apology were also sent to Frank Moores and the respondent, Karlheinz Schreiber.

⁴ Being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

⁵ [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 168.

⁶ Mutual legal assistance treaties did, however, exist between Canada and a number of other countries, including the United States (see *Canada Gazette, Part I*, 1990, at p. 953); Australia (see *Canada Gazette, Part I*, 1990, at p. 1582); Bahamas (see *Canada Gazette, Part I*, 1990, at

¹ La Règle 475 autorise les parties à une action à s'entendre pour exposer à la Cour fédérale «dans un mémoire spécial des points à décider . . . en vue de faire statuer sur ces points avant l'instruction ou pour remplacer l'instruction». *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, et ses modifications.

² L.R.C. (1985), ch. C-46, et ses modifications.

³ Par suite de la publication de cette lettre, M. Mulroney a intenté une poursuite civile en diffamation de 50 millions de dollars contre le gouvernement fédéral, qui a récemment été réglée. Les conditions du règlement comprenaient une lettre d'excuse et le paiement des frais juridiques de M. Mulroney. À la suite de ce règlement, des lettres d'excuse ont également été envoyées à Frank Moores et à l'intimé, Karlheinz Schreiber.

⁴ Qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

⁵ [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 168.

⁶ Des traités d'entraide juridiques existaient toutefois entre le Canada et plusieurs autres États, notamment les États-Unis (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1990, à la p. 953), l'Australie (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1990, à la p. 1582); les Bahamas (voir *La Gazette du*

p. 3074); France (see *Canada Gazette, Part I*, 1991, at p. 1840); Hong Kong (see *Canada Gazette, Part I*, 1991, at p. 963); Mexico (see *Canada Gazette, Part I*, 1990, at p. 4319); and the United Kingdom and Northern Ireland (see *Canada Gazette, Part I*, 1990, at p. 3081).

⁷ “Securing Evidence Abroad” in M. C. Bassiouni, ed., *International Criminal Law*, Vol. II, (Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1987), at p. 360.

⁸ October 7, 1993, [1995] Can T.S. No. 24.

⁹ R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30 (the Act).

¹⁰ [1996] 2 S.C.R. 207.

¹¹ [1995] 3 S.C.R. 562.

¹² Ss. 10(1) and 10(3), R.S.C. 1970, c. C-23.

¹³ *Hunter*, supra note 5, at p. 157.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Id.*, at p. 160. The centrality of privacy is the result of a rejection of the historical focus on property in favour of a broader protection of the person as was first recognized in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). It is also the product of increasing dissatisfaction with the lack of coherent justification for the law of search and seizure in Canada: see Canada, Law Reform Commission, *Report on Search and Seizure*, (1984).

¹⁶ [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-428.

¹⁷ *Id.*, at p. 426.

¹⁸ [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 507-508.

¹⁹ *Hunter*, supra note 5, at pp. 159-160.

²⁰ *Id.*, at p. 160.

²¹ *Id.*, at p. 162.

²² This presumption can be rebutted, but only if, according to Lamer J., as he then was, “it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable”: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

²³ *Supra* note 16, at p. 430.

²⁴ [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 486.

²⁵ *Terry*, supra note 10, at p. 215.

²⁶ The “*Miranda* warning” given to Terry was as follows: “You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to talk to a lawyer before you are questioned and to have him present with you while you’re being questioned. If you cannot afford to hire a lawyer, one will be appointed to represent you before questioning if you wish one. You can decide at any time to exercise these rights, not to answer any questions or make any statements. Okay do you understand each of the rights

Canada, Partie I, 1990, à la p. 3074); la France (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1991, à la p. 1840); Hong Kong (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1991, à la p. 963); le Mexique (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1990, à la p. 4319); et le Royaume-Uni et l’Irlande du Nord (voir *La Gazette du Canada, Partie I*, 1990, à la p. 3081).

⁷ «Securing Evidence Abroad» dans M. C. Bassiouni, éditeur, *International Criminal Law*, vol. II: (Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1987), à la p. 360.

⁸ Le 7 octobre 1993, [1995] R.T. Can n° 24.

⁹ L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 30 (la Loi).

¹⁰ [1996] 2 R.C.S. 207.

¹¹ [1995] 3 R.C.S. 562.

¹² Art. 10(1) et 10(3), S.R.C. 1970, ch. C-23.

¹³ *Hunter*, précité note 5, à la p. 157.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Id.*, à la p. 160. L’accent capital placé sur la protection de la vie privée résulte du rejet de l’importance historique que l’on accordait aux biens en faveur d’une protection accrue de la personne, qui a d’abord été reconnue dans *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Ce résultat découle aussi du mécontentement grandissant qui s’est exprimé face au manque de cohérence dans la justification du droit touchant les fouilles, les perquisitions et les saisies au Canada: voir Canada, Commission de réforme du droit, *Rapport sur les fouilles, les perquisitions et les saisies*, (1984).

¹⁶ [1988] 2 R.C.S. 417, aux p. 427 et 428.

¹⁷ *Id.*, à la p. 426.

¹⁸ [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 508.

¹⁹ *Hunter*, précité, note 5, aux p. 159 et 160.

²⁰ *Id.*, à la p. 160.

²¹ *Id.*, à la p. 162.

²² Cette présomption peut être réfutée mais seulement si, selon le juge Lamer, plus tard juge en chef, «[la fouille] est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive»: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278.

²³ Précité, note 16, à la p. 430.

²⁴ [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 486.

²⁵ *Terry*, précité, note 10, à la p. 215.

²⁶ La «mise en garde *Miranda*» qui a été faite à Terry était la suivante: «[TRADUCTION] Vous avez le droit de garder le silence. Tout ce que vous direz pourra et sera utilisé contre vous devant une cour de justice. Vous avez le droit de parler à un avocat avant d’être interrogé, et d’être interrogé en sa présence. Si vous n’avez pas les moyens d’embaucher un avocat, un avocat sera désigné pour vous représenter, avant le début de l’interrogatoire, si vous le désirez. Vous avez en tout temps le droit de ne pas répondre aux questions et de ne faire aucune déclara-

I've read to you?". *Id.*, at p. 211.

²⁷ *Id.*, at p. 217.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Harrer*, *supra* note 11, at p. 571.

³⁰ *Supra* note 10, at p. 210 [underlining added].

³¹ *Supra* note 11, at p. 569.

³² *Ibid.*

³³ (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Ont. Gen. Div.), at p. 522.

³⁴ *Supra* note 11, at p. 583.

³⁵ [1987] 1 S.C.R. 500.

³⁶ *Id.*, at p. 518.

³⁷ [1991] 2 S.C.R. 779.

³⁸ *Id.*, at p. 831, *per* La Forest J.

³⁹ There are, however, some noticeable differences generated by references in the Fourth Amendment to "the people". In *United States v Verdugo-Urquidez*, 108 L. Ed 2d 222 (1990), Rehnquist C.J., writing for a majority of the U.S. Supreme Court, found that the Fourth Amendment did not apply to a warrantless search conducted by American officers in Mexico. The officers had searched the residence of a Mexican citizen who had been turned over by Mexican authorities and was in custody in California at the time. Rehnquist C.J. reasoned at p. 233 that "the people" who are protected by the Fourth Amendment, "refers to a class of persons who are part of a national community or who have otherwise developed sufficient connection with this country to be considered part of that community". In contrast, s. 8 of the Charter protects "[e]veryone", a term which was defined by Wilson J. in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 202, to include "a broader class of persons than citizens and permanent residents".

⁴⁰ *Criminal Procedure*, 2nd ed., (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992), at p. 119.

⁴¹ 383 F.2d 345 (1967); *certiorari* denied 389 U.S. 986 (1986). For a fuller discussion of American case law following *Brulay*, see generally Hutchison *et al.*, *Search and Seizure Law in Canada*, (Scarborough Ont.: Carswell, 1993), Chapter 12.

⁴² *Id.*, at p. 348.

⁴³ *Colello v. U.S. S.E.C.*, 908 F.Supp. 738 (C.D. Cal., 1995).

⁴⁴ The SEC had argued that the standard of "reasonable suspicion" set out in the *Treaty between the United States and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in*

*tion. O.K., avez-vous compris ce que je viens de vous lire concernant chacun de vos droits?» *Id.*, à la p. 211.*

²⁷ *Id.*, à la p. 217.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Harrer*, précité, note 11, à la p. 571.

³⁰ Précité, note 10, à la p. 210 [soulignement ajouté].

³¹ Précité, note 11, à la p. 569.

³² *Ibid.*

³³ (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Div. gén. Ont.), à la p. 522.

³⁴ Précité, note 11, aux p. 583 et 584.

³⁵ [1987] 1 R.C.S. 500.

³⁶ *Id.*, à la p. 518.

³⁷ [1991] 2 R.C.S. 779.

³⁸ *Id.*, à la p. 831, le juge La Forest.

³⁹ Toutefois, il y a des différences importantes découlant des références contenues dans le Quatrième amendement aux «personnes». Dans l'arrêt *United States v Verdugo-Urquidez*, 108 L. Ed 2d 222 (1990), le juge en chef Rehnquist, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême des États-Unis, a statué que le Quatrième amendement ne s'appliquait pas à une fouille ou à une perquisition sans mandat effectuée par des agents américains au Mexique. Les agents avaient perquisitionné la résidence d'un citoyen mexicain qui avait été remis aux autorités américaines par les autorités mexicaines et qui était détenu en Californie à ce moment-là. Le juge en chef Rehnquist a indiqué dans son raisonnement, à la p. 233, que les «personnes» qui sont protégées par le Quatrième amendement [TRADUCTION] «désignent une catégorie de personnes qui font partie d'une communauté nationale ou qui ont par ailleurs développé un lien suffisant avec ce pays pour être considérées comme faisant partie de cette communauté». Par contraste, l'art. 8 de la Charte étend sa protection à «[c]hacun», terme qui a été défini par le juge Wilson dans *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 202, comme incluant «une catégorie de personnes plus large que les citoyens et les résidents permanents».

⁴⁰ *Criminal Procedure*, 2^e éd., (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992), à la p. 119.

⁴¹ 383 F.2d 345 (1967); bref de *certiorari* refusé à 389 U.S. 986 (1986). Pour une discussion générale plus exhaustive sur la jurisprudence américaine consécutive à l'arrêt *Brulay*, voir Hutchison *et al.*, *Search and Seizure Law in Canada*, (Scarborough Ont.: Carswell, 1993), chap. 12.

⁴² *Id.*, à la p. 348.

⁴³ *Colello v. U.S. S.E.C.*, 908 F.Supp. 738 (C.D. Cal., 1995).

⁴⁴ La SEC avait fait valoir que la norme du «suspçon raisonnable» énoncée dans le *Traité entre les États-Unis et la Confédération suisse sur l'entraide en matière criminel-*

Criminal Matters, 27 U.S.T. 2019, T.I.A.S. No. 8, entered into force on January 23, 1977, was sufficient.

⁴⁵ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957), at p. 5.

⁴⁶ It should be noted, however, that American courts have refused to provide Fourth Amendment protection to American subjects of foreign searches for bank records pursuant to mutual assistance treaties: see *U.S. v. Sturman*, 951 F.2d 1466 (6th Cir., 1992). This is primarily because there is no expectation of privacy in bank records in the United States: see *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). The U.S. courts' position on this point does not turn on the issue of whether government officials should be required to satisfy domestic procedural standards before soliciting foreign assistance.

⁴⁷ See ss. 11 and 12 of the Act.

⁴⁸ *Supra* note 11, at p. 570.

⁴⁹ *Id.*, at p. 571.

⁵⁰ *Supra* note 10, at p. 215.

⁵¹ *R. v. Cook*, [1996] B.C.J. No. 2615 (Q.L.).

⁵² *Id.*, at para. 43, *per Hinds J.A.*

⁵³ See discussion of *Dyment* and *O'Connor*, above at p. 218.

⁵⁴ *Katz*, *supra* note 15, at p. 351. The Fourth Amendment of the United States Constitution provides: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the person or things to be seized".

⁵⁵ *Supra* note 5, at p. 159.

⁵⁶ [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 60.

⁵⁷ *Supra* note 16, at pp. 429-430.

⁵⁸ [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ (1994), 119 Nfld. & P.E.I.R. 91 (Nfld. S.C.T.D.), at p. 126.

⁶¹ See M. H. Ogilvie, "Banker and Customer Revisited" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 3, at p. 6.

⁶² (1994), 92 C.C.C. (3d) 90 (Ont. Gen. Div.), at pp. 94-95.

⁶³ *Search and Seizure Law in Canada*, *supra* note 41, at p. 1-16.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Supra* note 5, at p. 154.

⁶⁶ See *R. v. Sanchez* (1994), 20 O.R. (3d) 468 (Gen. Div.), at pp. 476-478, where the Court enumerated three guidelines upon which review of search warrants should take place: (i) quality of drafting; (ii) review of the whole

le, 27 U.S.T. 2019, T.I.A.S. n° 8, entré en vigueur le 23 janvier 1977, était suffisante.

⁴⁵ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957), aux p. 5 et 6.

⁴⁶ Il convient toutefois de noter que les tribunaux américains ont refusé d'accorder la protection offerte par le Quatrième amendement à des sujets américains au cours de fouilles et de perquisitions effectuées à l'étranger concernant des dossiers bancaires, aux termes de traités d'entraide: voir *U.S. v. Sturman*, 951 F.2d 1466 (6th Cir., 1992). La raison principale en est qu'aucune attente en matière de vie privée ne s'applique aux dossiers bancaires aux États-Unis: voir *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). La position des tribunaux américains sur ce point ne repose pas sur la question de savoir si les agents du gouvernement devraient être tenus de satisfaire à des normes procédurales internes avant de demander l'aide d'un pays étranger.

⁴⁷ Voir les art. 11 et 12 de la Loi.

⁴⁸ Précité, note 11, à la p. 570.

⁴⁹ *Id.*, à la p. 571.

⁵⁰ Précité, note 10, à la p. 215.

⁵¹ *R. v. Cook*, [1996] B.C.J. n° 2615 (Q.L.).

⁵² *Id.*, par. 42, le juge d'appel Hinds.

⁵³ Voir la discussion sur *Dyment* et *O'Connor*, à la p. 218.

⁵⁴ *Katz*, précité, note 15, à la p. 351. Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis est rédigé dans les termes suivants: [TRADUCTION] «Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré que pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou objets à saisir».

⁵⁵ Précité, note 5, à la p. 159.

⁵⁶ [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 60.

⁵⁷ Précité, note 16, aux p. 429 et 430.

⁵⁸ [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ (1994), 119 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.S. 1^{re} inst. T.-N.), à la p. 126.

⁶¹ Voir M. H. Ogilvie, «Banker and Customer Revisited», (1986) 65 *R. du B. can.* 3, à la p. 6.

⁶² (1994) 92 C.C.C. (3d) 90 (Div. gén. Ont.), aux p. 94 et 95.

⁶³ *Search and Seizure Law in Canada*, précité, note 41, à la p. 1-16.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Précité, note 5, à la p. 154.

⁶⁶ Voir *R. v. Sanchez* (1994), 20 O.R. (3d) 468 (Div. gén.), aux p. 476 à 478, dans lequel la Cour a énoncé trois lignes directrices à suivre pour procéder au contrôle des mandats de perquisition: (i) la qualité de la rédaction;

document; and (iii) the existence of reasonable inferences to support the finding of reasonable grounds to believe an offence has been committed.

⁶⁷ *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra* note 18, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, are also cases in which the Court was concerned with the means by which the search or seizure was initiated, and not simply the manner in which it was conducted.

⁶⁸ (1812), 7 Cranch's Reports 116, at pp. 136-137.

⁶⁹ [1981] 2 S.C.R. 392.

⁷⁰ *Id.*, at p. 401.

⁷¹ [1980] 2 S.C.R. 39.

⁷² In *Colello*, *supra* note 43, a California Federal District Court held that a Swiss asset freeze following a request for assistance under a mutual assistance treaty between the United States and Switzerland did constitute a "seizure" subject to the Fourth Amendment. At p. 755, the Court stated that "the fact that Swiss, not American, officials actually ordered plaintiffs accounts frozen does not negate defendants' responsibility". This conclusion was based on the principle that the American government will be held responsible, according to constitutional standards, for actions taken by a foreign government when (i) the action of the foreign government was foreseeable and (ii) refusal of the American courts to sanction such actions would deter inappropriate conduct by the American Government in future: see *Barr v. U.S. Dept. of Justice*, 819 F.2d 25 (2nd Cir. 1987), at p. 27, which was decided under the same mutual assistance treaty.

⁷³ *Hunter*, *supra* note 5, at p. 160.

⁷⁴ S. 487(1)(d) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68] of the *Criminal Code* provides that a justice "may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer (d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it". [Emphasis added.]

⁷⁵ *Terry*, *supra* note 10, at pp. 218-219. For a comprehensive list of the factors to be used in assessing the fairness of a trial involving evidence collected abroad, see *Cook*, *supra* note 51, at para. 54.

⁷⁶ [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 28.

⁷⁷ See, for example, *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933 and *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577.

⁷⁸ *Supra* note 56, at p. 64.

(ii) l'analyse de l'ensemble du document; (iii) l'existence d'inférences raisonnables permettant de conclure qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise.

⁶⁷ *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, note 18, et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, sont également des arrêts dans lesquels la Cour cherchait à déterminer les moyens utilisés pour ordonner la fouille, la perquisition ou la saisie, et non pas simplement la manière dont elle l'avait été.

⁶⁸ (1812), 7 Cranch's Reports 116, aux p. 136 et 137.

⁶⁹ [1981] 2 R.C.S. 392.

⁷⁰ *Id.*, à la p. 401.

⁷¹ [1980] 2 R.C.S. 39.

⁷² Dans *Colello*, précité, note 43, une Cour de district fédérale de la Californie a statué qu'un gel de biens en Suisse suivant une demande d'assistance fondée sur un traité d'entraide entre les États-Unis et la Suisse constituait une «saisie» assujettie au Quatrième amendement. À la p. 755, la Cour a indiqué que [TRADUCTION] «le fait que ce soit des agents suisses et non américains qui aient effectivement ordonné le gel des comptes des demandeurs n'exonère pas les défendeurs de toute responsabilité». Cette conclusion se fondait sur le principe que le gouvernement américain est tenu responsable, conformément aux normes constitutionnelles, pour les mesures prises par un gouvernement étranger lorsque (i) les mesures de ce gouvernement étranger sont prévisibles et (ii) que le refus des tribunaux américains de sanctionner ces gestes dissuaderait à l'avenir l'adoption d'une conduite inappropriée par le gouvernement américain: voir *Barr v. U.S. Dept. of Justice*, 819 F.2d 25 (2nd Cir. 1987), à la p. 27, qui a été jugé en vertu du même traité d'entraide.

⁷³ *Hunter*, précité, note 5, à la p. 160.

⁷⁴ L'art. 487(1)d) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 27, art. 68] du *Code criminel* dispose qu'un juge de paix «peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix (d) à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir». [Non souligné dans l'original.]

⁷⁵ *Terry*, précité, note 10, à la p. 219. Pour une liste exhaustive des facteurs à utiliser pour évaluer l'équité d'un procès faisant intervenir des éléments de preuve recueillis à l'étranger, voir *Cook*, précité, note 51, au par. 54.

⁷⁶ [1990] 3 R.C.S. 3, à la p. 28.

⁷⁷ Voir, par exemple, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 et *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁷⁸ Précité, note 56, à la p. 64.

T-1961-95

T-1961-95

Sahar Elguindi (*Applicant*)**Sahar Elguindi** (*requérante*)

v.

c.

Canada (Minister of Health) and Director of Bureau of Drug Surveillance (*Respondents*)**Canada (Ministre de la Santé) et Directeur du Bureau de surveillance des médicaments** (*intimés*)**INDEXED AS: ELGUINDI v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ELGUINDI c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Muldoon J.—Toronto, July 9; Ottawa, December 5, 1996.

Section de première instance, juge Muldoon—Toronto, 9 juillet; Ottawa, 5 décembre 1996.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Application to set aside decision of Director, Bureau of Drug Surveillance to issue notices to Ontario College of Pharmacists, members prohibiting their dispensing narcotic drugs upon applicant's order — Serious shortages in employer's narcotic inventory for period when applicant pharmacist responsible — No reasonable apprehension of bias — Finding of breach of Narcotic Control Regulations, ss. 50(d), (e) necessary to determine whether Minister should exercise discretion to issue notice, not pre-judgment — Merely decision to proceed made within administrative framework — Director's decision relied upon documents not previously disclosed — Breach of procedural fairness — Matter should be returned to Director unless outcome inevitable — Question whether applicant could have made meaningful submissions had documents been disclosed — Given unaccountable losses for which applicant responsible, outcome inevitable, Director's decision justified.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande d'annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario et à ses membres des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante — Manques importants de stupéfiants dans l'inventaire de l'employeur pour la période durant laquelle la requérante était la pharmacienne qui en avait la responsabilité — Pas de crainte raisonnable de partialité — La conclusion qu'il y avait eu contravention aux art. 50d) et e) du Règlement était nécessaire pour déterminer si le ministre devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'envoyer les avis, et elle ne permet nullement de conclure que le directeur avait préjugé de la question — Il s'agissait simplement d'une décision de passer à l'étape suivante dans le cadre de la procédure administrative — Dans sa décision, le directeur s'est fondé sur des documents qui n'avaient pas encore été divulgués — Manquement à l'équité procédurale — L'affaire devrait être renvoyée au directeur à moins que l'issue ne soit inéluctable — La requérante aurait-elle pu présenter des observations solides si les documents lui avaient été divulgués? — Compte tenu des disparitions inexplicables dont la requérante est responsable, l'issue était inéluctable et la décision du directeur est justifiée.

Health and Welfare — Control of narcotics — Pharmacists — Application to set aside decision of Director, Bureau of Drug Surveillance to issue notices to Ontario College of Pharmacists, members prohibiting them from dispensing narcotic drugs upon applicant's order — Serious shortages in employer's narcotic inventory during period applicant pharmacist responsible — Narcotic Control Regulations imposing almost strict liability on pharmacists to control narcotic inventory — Applicant not providing satisfactory explanation for shortages — Based on evidence 8000 narcotic tablets missing, Director not making patently reviewable error in deciding to notify College, narcotics dealers.

Santé et bien-être social — Contrôle des stupéfiants — Pharmaciens — Demande d'annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario et à ses membres des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante — Manques importants de stupéfiants dans l'inventaire de l'employeur pour la période durant laquelle la requérante était la pharmacienne qui en avait la responsabilité — Le Règlement sur les stupéfiants impose presque une responsabilité stricte aux pharmaciens en ce qui concerne le contrôle de leurs stocks de stupéfiants — La requérante n'a pas donné d'explications satisfaisantes pour expliquer les manques — Comme la preuve sur

This was an application to set aside the decision of the Director, Bureau of Drug Surveillance to send notices to the Ontario College of Pharmacists and its members and licensed narcotics dealers prohibiting them from dispensing narcotic drugs upon any order of the applicant. The Minister of Health had delegated the authority to issue prohibition notices to the Director General, Drugs Directorate, to whom the respondent Director reported. The applicant is a pharmacist. After she was removed from her duties as pharmacy manager with Meditrust, her employer identified several shortages in its narcotic inventory, and so advised the Drug Control Unit (DCU) which conducted its own audit. The applicant was subsequently advised by letter dated April 18, 1995 of the shortages and an explanation was requested. By way of reply, the applicant did not deny the shortages, but indicated a lack of control over narcotic drugs at Meditrust, and pointed to a number of problems at Meditrust. She did not offer an explanation for the shortages. On June 12, 1995 the respondent Director wrote to the applicant stating that the Bureau had determined that she had violated *Narcotic Control Regulations*, paragraphs 50(d) and (e) and section 30 and requested submissions within 15 days. Again the applicant's reply did not explain the missing narcotics, but provided excuses for not being able properly to control the narcotics for which she was responsible. The applicant's lawyer then made submissions by letter as to problems with the audit, problems with Meditrust's system for storing and dispensing narcotics, and alleging that Meditrust was trying to blame the applicant for the narcotic losses. On August 23, 1993 the Director wrote to the applicant informing her that he was considering invoking the Minister's authority to give notice to pharmacists and licensed narcotics dealers not to sell any narcotic drugs to the applicant and allowed 14 days for representations. The Director's decision to issue notices was issued on January 4, 1996. Included with the decision were several documents which were apparently relied upon, but which had not been previously disclosed to the applicant.

The issues were (1) whether there was a reasonable apprehension of bias; (2) whether the Director made his decision without regard to the evidence before him; and (3) whether there was a breach of natural justice because the Director had not disclosed all of the documents considered prior to making his decision, and that he had entertained submissions *ex parte* without disclosing them

laquelle il s'est fondé démontrait que quelque 8 000 comprimés de stupéfiants avaient disparu, le directeur n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable en décidant d'envoyer un avis à l'Ordre et aux distributeurs de stupéfiants.

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario et à ses membres et distributeurs autorisés de stupéfiants des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante. Le ministre de la Santé avait délégué le pouvoir de donner des avis d'interdiction au directeur général de la Direction des médicaments, de qui le directeur intimé relève. La requérante est pharmacienne. Après que la requérante eut été relevée de ses fonctions de directrice de pharmacie à la Meditrust, son employeur a constaté qu'il lui manquait des stupéfiants et il en a informé l'Unité de contrôle des médicaments (UCM), qui a procédé à sa propre vérification. La requérante a par la suite été informée des manques par lettre en date du 18 avril 1995 et a été sommée de s'expliquer. Dans sa réponse, la requérante n'a pas nié qu'il manquait des stupéfiants, mais a précisé qu'elle n'exerçait pas un contrôle suffisant sur les stupéfiants à la Meditrust et elle a fait ressortir plusieurs problèmes qui existaient chez la Meditrust. Elle n'a pas expliqué les manques. Le 12 juin 1995, le directeur intimé a écrit à la requérante pour l'informer que le Bureau avait conclu qu'elle avait contrevenu aux alinéas 50d) et e) et à l'article 30 du Règlement et pour l'inviter à faire valoir son point de vue dans un délai de 15 jours. Dans sa réponse, la requérante n'a toujours pas donné d'explications au sujet des stupéfiants manquants, mais a présenté ses excuses pour ne pas avoir su bien contrôler les stupéfiants dont elle avait la responsabilité. L'avocat de la requérante a ensuite présenté des observations sous forme de lettre au sujet des problèmes soulevés par la vérification, des problèmes d'entreposage et de délivrance de stupéfiants de la Meditrust et du fait que, selon lui, la Meditrust tentait de rejeter la responsabilité de la disparition des stupéfiants sur la requérante. Le 23 août 1993, le directeur a écrit à la requérante pour l'informer qu'il envisageait la possibilité d'invoquer le pouvoir du ministre pour aviser les pharmaciens et distributeurs autorisés de stupéfiants de ne vendre aucun stupéfiant à la requérante. La décision du ministre de publier l'avis a été prise le 4 janvier 1996. À cette décision étaient joints plusieurs documents sur lesquels le Bureau s'était vraisemblablement fondé mais qui n'avaient pas été divulgués à la requérante.

Les questions en litige sont celles de savoir (1) s'il existe une crainte raisonnable de partialité; (2) si le directeur a pris sa décision sans tenir compte des éléments de preuve portés à sa connaissance; (3) s'il y a eu manquement aux règles de justice naturelle du fait que le directeur n'a pas divulgué tous les documents dont il avait tenu compte pour en venir à sa décision avant de prendre celle-

to the applicant.

Held, the application should be dismissed.

(1) There was no reasonable apprehension of bias. The applicant was put on notice by the April 18, 1995 letter that there was a shortage of narcotics during the period for which she was responsible. She made submissions in her defence. The Director in his June 12, 1995 letter found a breach of Regulations, paragraphs 50(d) and (e). This conclusion was necessary to determine whether the Minister should exercise his discretion to issue notice under paragraphs 47(b) and 48(b). This decision to ascertain whether the circumstances warranted the exercise of his discretion, did not amount to pre-judgment: the letter did not indicate that the Director viewed that the matter should proceed towards notification. This stage of the proceedings was no more than a decision to proceed to the decision stage and was made purely within the administrative framework.

(2) The Director did not make a reviewable error. It was incumbent upon the applicant to show that the Director made a patently unreasonable finding of fact or law. The Regulations impose an almost strict liability on pharmacists to control their narcotics inventories. The question was not how the drugs went missing, but how properly protected narcotics went missing. No satisfactory explanation was given to the Director. This was a factual determination made by the Director on the basis of the material before him. As the evidence showed some 8000 narcotic tablets missing, the Director did not make a patently unreasonable error in deciding that the applicant should be held responsible for the shortages. The legal decision made by the Director to issue notice pursuant to the Regulations, was based on this factual finding and was rationally supported by it.

(3) The full-blown rights of natural justice did not need to be afforded in this case, as this procedure was on the lower end of the spectrum, *viz.* it was the exercise of ministerial discretion. No oral hearing is stipulated in the Act, nor was one requested. Ample notice was given and the applicant knew the substance of the allegations and evidence against her. But the requirement for disclosure, intimately related to the ability to advance one's case, exists even at the lower end of the spectrum. Without full disclosure the applicant may be unable to present her case effectively. The actual content of the evidence is not relevant. Because there had been a breach of procedural fairness, the respondent had to prove beyond a reasonable

ci et qu'il a entendu des observations *ex parte* sans en informer la requérante.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

(1) Il n'y a pas de crainte raisonnable de partialité. La requérante a été avisée par la lettre du 18 avril 1995 qu'il manquait des stupéfiants pour la période pendant laquelle elle en avait été responsable. Elle a présenté des observations pour se défendre. Dans sa lettre du 12 juin 1995, le directeur a conclu que la requérante avait contrevenu aux alinéas 50(d) et e) du Règlement. Cette conclusion était nécessaire pour déterminer si le ministre devait exercer son pouvoir discrétionnaire de donner l'avis prévu aux alinéas 47(b) et 48(b). Cette décision, qui portait sur la question de savoir si les circonstances justifiaient l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, ne permet nullement de conclure que le directeur avait préjugé de la question: la lettre ne permet pas de conclure que le directeur estimait que l'affaire devait se solder par l'avis. À cette étape de la procédure, il a simplement été décidé de passer à l'étape de la décision et cette mesure s'inscrit parfaitement dans le cadre de la procédure administrative.

(2) Le directeur n'a pas commis d'erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire. Il incombe à la requérante de démontrer que le directeur a tiré une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable. Le Règlement impose presque une obligation stricte aux pharmaciens en ce qui concerne le contrôle de leurs stocks de stupéfiants. La question qui se pose n'est pas celle de savoir comment les stupéfiants ont disparu, mais bien celle de savoir comment des stupéfiants aussi bien protégés ont pu disparaître. Aucune explication satisfaisante n'a été fournie au directeur. Il s'agissait d'une conclusion de fait que le directeur devait tirer d'après les éléments de preuve dont il disposait. Comme ceux-ci démontraient que quelque 8 000 comprimés de stupéfiants avaient disparu, le directeur n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable en décidant que la requérante devait être tenue responsable de l'absence des stupéfiants. La décision légale que le directeur a prise de publier un avis en vertu du Règlement était fondée sur cette conclusion de fait et elle est raisonnablement justifiée par celle-ci.

(3) Il n'était pas nécessaire d'accorder en l'espèce à la requérante toute la gamme des droits de justice naturelle, étant donné que la présente procédure se situe au bas de l'échelle, puisqu'il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. La Loi ne prévoit pas la tenue d'une audition, et aucune n'a été demandée. Un avis suffisant a été donné, et la requérante était au courant de l'essentiel des allégations et des éléments de preuve invoqués contre elle. Toutefois, l'obligation de divulgation, qui est intimement liée à la capacité de faire valoir son point de vue, existe même au bas de l'échelle. Faut de divulgation complète, la requérante risque de ne pas être en mesure de défendre sa cause efficacement. Le contenu effectif de la

doubt that the non-disclosure of the documents to the applicant made no difference to the outcome. Whenever there is a breach of natural justice or procedural fairness, the matter must be returned to the tribunal for re-determination. This principle was somewhat tempered by *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board* wherein the Supreme Court of Canada withheld a remedy because the outcome was "inevitable", but this exception should be narrowly construed. Even had the documents been disclosed so that the applicant could have made submissions thereon, it would not have changed the outcome; the decision was about missing narcotic drugs during her tenure as head pharmacist at Meditrust. The record and submissions showed no reasonable doubt that the applicant would not have been able to challenge the audit successfully. It was not shown that the entire audit was redolent with flaws.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1.
Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, ss. 30 (as am. by SOR/85-588, s. 8), 47(b), 48(b), 50(d) (as am. *idem*, s. 19), (e) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

MacLean Hunter Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) (1988), 15 C.E.R. 340; [1988] 1 C.T.C. 174; 88 DTC 6096; 87 N.R. 195 (F.C.A.); *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *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; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Syndicat*

preuve n'est pas pertinent. Comme il a manqué à l'équité procédurale, l'intimé doit démontrer hors de tout doute raisonnable que son refus de communiquer les documents à la requérante n'a eu aucune incidence sur l'issue de l'affaire. L'affaire doit être renvoyée au tribunal administratif pour qu'il rende une nouvelle décision chaque fois qu'il y a eu un manquement aux règles de justice naturelle ou à l'équité procédurale. Ce principe a été quelque peu atténué dans l'arrêt *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, dans lequel la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder une réparation au motif que l'issue était « inéluctable », mais cette exception devrait être interprétée de façon restrictive. Même si les documents avaient été divulgués à la requérante, de sorte qu'elle aurait pu présenter des observations, l'issue aurait été la même: la décision portait sur des stupéfiants qui avaient disparu alors qu'elle était pharmacienne en chef à la Meditrust. Le dossier et les observations ne permettent raisonnablement pas de penser que la requérante aurait réussi à contester avec succès la vérification. On n'a pas démontré que la vérification était entièrement viciée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1.
Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 30 (mod. par DORS/85-588, art. 8), 47b), 48b), 50d), e).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

MacLean Hunter Ltd. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise) (1988), 15 C.E.R. 340; [1988] 1 C.T.C. 174; 88 DTC 6096; 87 N.R. 195 (C.A.F.); *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *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; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement de Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R.

des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 163 N.R. 27.

CONSIDERED:

Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Beauchamp v. Hockin (1989), 30 F.T.R. 318 (F.C.T.D.); *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (Man. Q.B.); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *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; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1988] 3 F.C. 494; (1988), 20 C.C.E.L. 203; 9 C.H.R.R. D/5343; 88 CLLC 17,019; 86 N.R. 24 (C.A.); *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.); *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.)* (1985), 66 A.R. 13; [1987] 1 W.W.R. 83; 42 Alta. L.R. (2d) 26 (C.A.).

AUTHORS CITED

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPLICATION to set aside the decision of the Director, Bureau of Drug Surveillance to issue notices to the Ontario College of Pharmacists, its members and licensed narcotics dealers prohibiting them from dispensing narcotic drugs upon any order of the applicant. Application dismissed.

COUNSEL:

Harvey S. Stone and Peter P. Chang for applicant.

125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extra-côtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 163 N.R. 27.

DÉCISION EXAMINÉE:

Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (C.A.F.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Beauchamp c. Hockin (1989), 30 F.T.R. 318 (C.F. 1^{re} inst.); *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (B.R. Man.); *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *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; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494; (1988), 20 C.C.E.L. 203; 9 C.H.R.R. D/5343; 88 CLLC 17,019; 86 N.R. 24 (C.A.); *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.); *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.)* (1985), 66 A.R. 13; [1987] 1 W.W.R. 83; 42 Alta. L.R. (2d) 26 (C.A.).

DOCTRINE

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments a envoyé à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario et à ses membres et distributeurs autorisés de stupéfiants des avis leur interdisant de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante. Demande rejetée.

AVOCATS:

Harvey S. Stone et Peter P. Chang pour la requérante.

Roger Lafrenière for respondents.

Roger Lafrenière pour les intimés.

SOLICITORS:

Borden & Elliott, Toronto, and *Peter P. Chang*, Willowdale, Ontario for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

PROCUREURS:

Borden & Elliott, Toronto, et *Peter P. Chang*, Willowdale (Ontario) pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 MULDOON J.: This is an application for an order setting aside the decision of Mr. Bruce Rowsell, Director of the Bureau of Drug Surveillance (Bureau), made January 4, 1996, which notified the applicant, Ms. Sahar Elguindi, that notices were being sent to the Ontario College of Pharmacists (College) and to its members and licensed narcotics dealers prohibiting them from dispensing narcotic drugs from any order of applicant. There is currently an interlocutory injunction preventing the Director and the College from issuing the notices pending the outcome of this judicial review.

1 LE JUGE MULDOON: La Cour est saisie d'une demande d'ordonnance annulant la décision rendue le 4 janvier 1996 par laquelle le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments (le Bureau), M. Bruce Rowsell, a avisé la requérante, M^{me} Sahar Elguindi, que des avis étaient envoyés à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario (l'Ordre) et à ses membres et distributeurs autorisés de stupéfiants pour leur interdire de fournir des stupéfiants en réponse à toute commande de la requérante. Le directeur et l'Ordre font présentement l'objet d'une injonction interlocutoire qui les empêche de donner les avis en question en attendant l'issue de la présente demande de contrôle judiciaire.

2 The respondent, the Minister of Health, has delegated his authority to issue prohibition notices under the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 and *Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041, to the Assistant Deputy Minister, the Director General, Drugs Directorate and the Director, Bureau of Dangerous Drugs, Drugs Directorate. The respondent Director of the Bureau of Drug Surveillance is the head of the Bureau. The Bureau enforces the Regulations and is part of the Drugs Directorate, which in turn is part of the Health Protection Branch, which is part of the Department. The Director reports to the Director General, Drugs Directorate who in turn reports to an assistant deputy minister, who reports to a deputy minister. The Director, Mr. Rowsell, made the impugned decision to issue notices.

2 L'intimé, le ministre de la Santé, a délégué le pouvoir de donner des avis d'interdiction en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et du *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041 au sous-ministre adjoint, au directeur général de la Direction des médicaments et au directeur du Bureau des drogues dangereuses de la Direction des médicaments. L'intimé, le directeur du Bureau de la surveillance des médicaments, est à la tête du Bureau. Le Bureau est chargé de l'application du Règlement et fait partie de la Direction des médicaments, qui à son tour fait partie de la Direction générale de la protection de la santé, laquelle fait partie du Ministère. Le directeur relève du directeur général de la Direction des médicaments, qui relève lui-même d'un sous-ministre adjoint, lequel relève du sous-ministre. C'est M. Rowsell, le directeur, qui a pris la décision contestée de donner les avis en cause.

3 Ms. Elguindi is a pharmacist and has both a Bachelor of Science (Pharmacy, 1988) and Master

3 M^{me} Elguindi est pharmacienne. Elle est titulaire d'un baccalauréat ès sciences (pharmacie, 1988) et

of Science (Pharmacy, 1990) degree from the University of Toronto. After graduation from pharmacy school, the applicant owned a small retail pharmacy, Seaway Pharmacy, until August, 1993. She was enrolled full-time in the Doctorate of Pharmacy (D.Pharm) program at the University of Toronto from June to December, 1992.

4 During the period she was in the D.Pharm program, the Drug Control Unit (DCU) audited the narcotic inventory at Seaway Pharmacy and discovered that 789 Oxycocet and 422 Oxycodan tablets could not be accounted for (applicant's application record (AAR), Volume 3, at page 431). As noted above, the applicant was attending school full-time and was able to attend the pharmacy for only 10-15 hours a week. During this time, eight pharmacists were working at the pharmacy, either in a temporary full-time or part-time capacity. Apparently two of these pharmacists had been caught stealing pharmaceuticals by their former employers (AAR, Volume 3, at page 434). The applicant took immediate steps to regain her lost control of the situation, and did so to the interim satisfaction of the DCU (AAR, Volume 3, at page 435). In August, 1993, Ms. Elguindi swears, she sold Seaway Pharmacy.

5 Ms. Elguindi began employment as a pharmacist with Meditrust Pharmacy in February, 1994. Meditrust is a mail-order-only pharmacy and operates on a large scale. It fills between 400-1000 prescriptions a day. This is about six to eight times the daily output of a regular dispensary. The applicant was the pharmacy manager of Meditrust from March 25, 1994 to November 1, 1994, according to the applicant's affidavit (AAR, Volume 1, at page 11), or November 3, according to college records (AAR, Volume 3, at page 426) which note that it was to this date the applicant had signing authority for narcotics. Her employment with Meditrust ended on March 9, 1995.

d'une maîtrise ès sciences (pharmacie, 1990) de l'Université de Toronto. Après avoir terminé ses études à la faculté de pharmacie, la requérante est devenue propriétaire d'une petite pharmacie de détail, la Seaway Pharmacy. Elle en a été propriétaire jusqu'en août 1993. Elle était inscrite à temps plein au programme de doctorat en pharmacie à l'Université de Toronto de juin à décembre 1992.

4 Au cours de la période où elle était inscrite au doctorat en pharmacie, l'Unité de contrôle des médicaments (UCM) a vérifié les stocks de stupéfiants de la Seaway Pharmacy et a constaté la disparition de 789 comprimés d'Oxycocet et de 422 comprimés d'Oxycodan (dossier de la demande de la requérante (dossier), volume 3, à la page 431). Ainsi qu'il a déjà été précisé, la requérante était aux études à temps plein et elle ne pouvait consacrer que de dix à quinze heures par semaine à la pharmacie. À l'époque, huit pharmaciens travaillaient à la pharmacie, à titre d'employés temporaires à temps plein ou d'employés à temps partiel. Il semble que deux de ces pharmaciens eussent été surpris en train de voler des produits pharmaceutiques par leur ancien employeur (dossier, volume 3, à la page 434). La requérante a immédiatement pris des mesures pour reprendre la situation en main, et elle y est parvenue à la satisfaction provisoire de l'UCM (dossier, volume 3, à la page 435). M^{me} Elguindi a déclaré sous serment qu'elle avait vendu la Seaway Pharmacy en août 1993.

5 M^{me} Elguindi a commencé à travailler comme pharmacienne à la Meditrust Pharmacy en février 1994. Meditrust est une pharmacie qui traite uniquement les commandes postales; elle exerce ses activités sur une grande échelle. Elle exécute entre 400 et 1 000 ordonnances chaque jour, soit de six à huit fois plus que le nombre d'ordonnances exécutées par une officine ordinaire. La requérante a été directrice de la pharmacie de la Meditrust du 25 mars 1994 au 1^{er} novembre 1994 selon son affidavit (dossier, volume 1, à la page 11), ou du 25 mars 1994 au 3 novembre 1994 selon les dossiers de l'Ordre (dossier, volume 3, à la page 426). Il est précisé dans ces derniers dossiers que c'est jusqu'à cette date que la requérante était autorisée à commander par écrit des

- 6 Just before the applicant's tenure as pharmacy manager, but while she was an employee at Meditrust, the managing pharmacist, Mr. Steve Yuen, reported the loss of 700 Percocet tablets. The loss was reported to an inspector of the DCU, Aron Wolfson, by telephone on March 3, 1994 (AAR, Volume 3, at page 427) and confirmed in writing on June 14, 1994 (AAR, Volume 3, at page 438). No further action was taken by the Bureau. (Through this matter, the conduct of the Bureau has appeared to be far less than optimal and efficient. Its efforts seem to have been stretched too thinly. Mr. Wolfson, in paragraph 18 of his affidavit sworn February 13, 1996, attributes at least one shortcoming, tardy response, to "budgetary constraints, limited resources and other priorities".)
- 7 The applicant also swore in her affidavit that Meditrust had an endemic theft problem: not only had these narcotics gone missing, but during the time that she worked at Meditrust, money, a laptop computer, a television set, and three desktop computers went missing. A private investigator was hired to combat the theft problem (AAR, Volume 1, at pages 11-12).
- 8 On two occasions while Ms. Elguindi was the pharmacy manager, she met with the college to discuss questionable pharmacy practices at Meditrust. In early May, 1994 the applicant met with Tina Langlois, counsel for the College, and Mr. Robert Pritchard and discussed unprofessional practices. On November 2, 1994 the applicant met with Ms. Langlois to discuss the transfer of the head pharmacist position to a non-pharmacist manager (AAR, Volume 1, at pages 68-69).
- 9 The applicant was removed from her duties as pharmacy manager on November 1 or 2, 1994
- stupéfiants. Son emploi à la Meditrust a pris fin le 9 mars 1995.
- 6 Juste avant que la requérante n'exerce ses fonctions de directrice de la pharmacie, mais alors qu'elle travaillait pour la Meditrust, le directeur d'alors de la pharmacie, M. Steve Yuen, a constaté la disparition de 700 comprimés de Percocet. Cette perte a été signalée par téléphone à un inspecteur de l'UCM, M. Aron Wolfson, le 3 mars 1994 (dossier, volume 3, à la page 427) et a été confirmée par écrit le 14 juin 1994 (dossier, volume 3, à la page 438). Le Bureau n'a pas pris d'autres mesures. (Pendant tout le déroulement de la présente affaire, la conduite du Bureau s'est avérée loin d'être idéale et efficace. Il semble qu'il n'ait pas pris toutes les mesures voulues. Au paragraphe 18 de l'affidavit qu'il a souscrit le 13 février 1996, M. Wolfson attribue au moins une des lacunes constatées, en l'occurrence la réponse tardive, [TRADUCTION] «à des contraintes budgétaires, aux ressources limitées et à d'autres priorités».)
- 7 La requérante déclare également dans son affidavit que la Meditrust était aux prises avec un problème endémique de vol: non seulement les stupéfiants en question étaient-ils portés disparus, mais pendant la période au cours de laquelle elle avait travaillé chez la Meditrust, un ordinateur portable, un téléviseur et trois ordinateurs avaient disparu. Un détective privé avait été engagé pour lutter contre le problème de vol (dossier, volume 1, aux pages 11 et 12).
- 8 À deux reprises, alors qu'elle était directrice de la pharmacie, M^{me} Elguindi a rencontré des représentants de l'Ordre pour discuter des pratiques pharmaceutiques douteuses qui avaient cours à la Meditrust. Au début de mai 1994, la requérante a rencontré M^e Tina Langlois, l'avocate de l'Ordre, ainsi que M. Robert Pritchard, pour discuter des manquements aux devoirs de la profession. Le 2 novembre 1994, la requérante a rencontré M^e Langlois pour discuter de la possibilité de confier ses fonctions de directrice de la pharmacie à un gérant qui ne serait pas un pharmacien (dossier, volume 1, aux pages 68 et 69).
- 9 La requérante a été relevée de ses fonctions de directrice de la pharmacie le 1^{er} ou le 2 novembre

(AAR, Volume 1, at page 100). From the fourth to the seventh of November Meditrust counted the narcotic inventory. Some 1000 Oxycocet, 500 Oxycodan, 200 Percocet and 200 Percodan capsules were missing (AAR, Volume 1, at page 27). On November 9, 1994, Mr. Neil Donald, the Vice-President for Meditrust's pharmacy operations in Ontario, and the applicant sent a letter to the DCU advising them of the shortage. This letter assured the DCU that regular inventory counts would be taken, a log system for access would be established and a security camera would be installed (AAR, Volume 1, at page 27).

10 The DCU audited Meditrust's narcotics inventory between March 7 and 9, 1995. The audit was conducted by inspectors, Aron Wolfson and Aaron Lueng. Of the twelve audited drugs, the Narcotic/Controlled Drug Loss/Theft Report revealed the following shortages for eight accounts: 1968 Demerol 50 mg tablets; 111 ml of suspended Demerol; 712 capsules of Fiorinal c1/2, 4461 Oxycet tablets, (recalling that 700 were reported missing previously); 2163 Oxycodan tablets; 1000 (resolved at 200) Percocet tablets; 800 Percodan tablets and 200 MS Contin 200 mg tablets (AAR, Volume 4, at page 816). The investigation also discovered that Ms. Elguindi did not enter three shipments of narcotics in the N/CD register as required by section 30 [as am. by SOR/85-588, s. 8] of the *Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041 (Regulations). Mr. Wolfson discovered this by obtaining copies of the invoices signed by the applicant from Medis, Meditrust's narcotic drug supplier (AAR, Volume 3, at page 429; Volume 1, at page 31).

11 On March 13, 1995, the applicant was dismissed by Meditrust as a result of corporate restructuring.

12 On April 18, 1995, Mr. Jean-Marc Charron, Chief of the Drug and Environmental Health Inspection

1994 (dossier, volume 1, à la page 100). Entre le 4 et le 7 novembre, la Meditrust a procédé au dénombrement des stupéfiants. Un millier de capsules d'Oxycodet, 500 comprimés d'Oxycodan, 200 Percocet et 200 Percodan manquaient (dossier, volume 1, à la page 27). Le 9 novembre 1994, la requérante et le vice-président des opérations pharmaceutiques de la Meditrust pour l'Ontario, M. Neil Donald, ont envoyé une lettre à l'UCM pour les informer des manques constatés. Ils ont assuré l'UCM que l'on dénombrerait régulièrement les stocks et qu'un système d'accès à enregistrement chronologique serait installé, de même qu'une caméra de surveillance (dossier, volume 1, à la page 27).

L'ACM a vérifié entre le 7 et le 9 mars 1995 10 l'inventaire des stupéfiants dressé par la Meditrust. La vérification a été effectuée par les inspecteurs Aron Wolfson et Aaron Lueng. La vérification portait sur douze stupéfiants; les vérificateurs ont signalé des manques en ce qui concerne les huit stupéfiants suivants dans leur rapport sur la perte ou le vol de stupéfiants et de drogues contrôlées: 1 968 comprimés de 50 mg de Demerol, 111 ml de Demerol en suspension, 712 comprimés de Fiorinal c1/2, 4 461 comprimés d'Oxycet (si l'on se rappelle que 700 comprimés avaient déjà été portés disparus), 2 163 comprimés d'Oxycodan; 1 000 comprimés de Percocet (résolus à 200), 800 comprimés de Percodan et 200 comprimés de 200 mg de MS Contin (dossier, volume 4, à la page 816). Les enquêteurs ont également découvert que M^{me} Elguindi avait omis de consigner la réception de trois lots de stupéfiants dans le registre des stupéfiants et des drogues contrôlées en contravention de l'article 30 [mod. par DORS/85-588, art. 8] du *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041 (le Règlement). M. Wolfson a découvert cette omission en obtenant de la Medis, le distributeur de stupéfiants de la Meditrust, des copies des factures signées par la requérante (dossier, volume 3, à la page 429; volume 1, à la page 31).

Le 13 mars 1995, la requérante a été licenciée par 11 la Meditrust par suite d'une restructuration interne.

Le 18 avril 1995, M. Jean-Marc Charron, chef de 12 la Division de l'inspection des drogues et de l'hy-

Division for Ontario, sent the applicant a letter advising her of the shortages the investigation discovered. The shortages noted above were adjusted for the period that the applicant had signing authority for narcotics, from March 23, 1994 to November 3, 1994. They are: 3925 Oxycocet tablets; 2063 Oxycodan tablets; 200 Percocet tablets; 200 Percodan tablets; 654 Fiorinal c1/2 tablets, a shortage which the Court discounts; 1256 Demerol 50 mg tablets; and 200 Contin 200 mg tablets (AAR, Volume 1, at page 30). The investigation found that there were no discrepancies from November 4, 1994 to March 6, 1995. On the same day Mr. Charron sent a copy of this letter to the Registrar, Ontario College of Pharmacists, with a cover indicating that the DCU (AAR, Volume 2, at page 334) was requesting an explanation from the applicant. The relevant portion of the letter to the applicant (AAR, Volume 1, at pages 30-31) reads, thus:

The Regulations to the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* specify that a pharmacist must be able to account for all of the narcotic and controlled drugs under his or her control. When a pharmacist is unable to do so, the law provides the authority for the Minister to withdraw the pharmacist's privileges with respect to the purchase and handling of these substances.

It was also noted that not all narcotic and controlled drug receipts had been entered in the designated N/CD Register, in violation of regulations 30 and G.03.001 of the NCA and FDA respectively. Three of these shipments, signed for by yourself according to copies provided to us by Medis, contained drugs identified in the above described losses.

Before contemplating further action, you are being asked to acknowledge receipt of this letter indicating that its contents have been read and understood. You should also provide an explanation or comment on these shortages.

13 The applicant replied by letter on April 24, 1995 when, for longer than one month, she was no longer

giène du milieu pour l'Ontario, a envoyé à la requérante une lettre l'informant des manques révélés par l'enquête. Les manques susmentionnés ont été rajustés en fonction de la période pendant laquelle la requérante était autorisée à commander par écrit des stupéfiants, à savoir du 23 mars 1994 au 3 novembre 1994. On obtient alors les chiffres suivants: 3 925 comprimés d'Oxycocet, 2 063 comprimés d'Oxycodan, 200 comprimés de Percocet, 200 comprimés de Percodan, 654 comprimés de Fiorinal c1/2 (un manque dont la Cour ne tient pas compte), 1 256 comprimés de 50 mg de Demerol et 200 comprimés de 200 mg de Contin (dossier, volume 1, à la page 30). Les enquêteurs ont constaté qu'il n'y avait pas de divergences entre les données du 4 novembre 1994 et celles du 6 mars 1995. Le même jour, M. Charron a envoyé une copie de cette lettre au registraire de l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario avec une lettre d'accompagnement dans laquelle il précisait que l'UCM (dossier, volume 2, à la page 334) exigeait des explications de la part de la requérante. Voici le passage pertinent de la lettre qu'il a envoyée à la requérante (dossier, volume 1, aux pages 30 et 31):

[TRADUCTION] Les règlements d'application de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi sur les aliments et drogues* précisent qu'un pharmacien doit être en mesure de rendre compte de tous les stupéfiants et drogues contrôlés dont il a la responsabilité. Lorsque le pharmacien est incapable de le faire, la loi accorde au ministre le pouvoir de retirer au pharmacien ses privilèges en matière d'achat et de manutention de ces substances.

Il a également été constaté que le nom et la quantité de stupéfiants et drogues contrôlés qui avaient été reçus n'avaient pas tous été consignés dans le registre prévu à cette fin, contrairement aux dispositions des articles 30 et G.03.001 du *Règlement sur les stupéfiants* et du *Règlement sur les aliments et drogues* respectivement. Sur les envois en question que vous avez vous-même signés suivant les copies que la Medis nous a fournies, trois contenaient des médicaments qui faisaient partie des déficits susmentionnés.

Avant d'envisager toute autre mesure, nous vous demandons d'accuser réception de la présente en déclarant que vous l'avez lue et que vous la comprenez. Veuillez également nous fournir des explications ou des observations au sujet de ces manques.

La requérante a répondu par lettre le 24 avril 1995 alors qu'elle n'était plus au service de la Meditrust 13

employed by Meditrust (AAR, Volume 3, at page 444). The letter did not deny the existence of any shortages. The letter indicates a lack of control over narcotic drugs at Meditrust. The applicant pointed to a number of problems that Meditrust had. It is also apparent from the letter that she and the Vice-President of Systems for Meditrust, Ajay Majithia, did an informal audit of Percocet, Percodan, Oxycodan and Oxycet. Majithia is also a pharmacist. The letter was an attempt to justify her actions. To her mind Meditrust was playing fast and loose with the narcotics regulations and she attempted to bring some order to the situation. The letter noted incidents of theft of money and non-pharmaceutical property and an employee being fired for mailing herself a large quantity of Prozac. It was the applicant's opinion that it was impossible for the pharmacy manager, her position, to have the same level of control as one could have in a regular dispensary because the volume the pharmacy handled was too high. As well, the applicant mentioned incidents of theft of narcotic drugs after they were delivered *via* mail. The letter did not offer an explanation for the losses of some 8508 narcotic tablets. Oddly, there are two different copies of the letter in existence, the one noted above sent to Mr. Charron, and the one the applicant attached in her affidavit, found at Volume 1, at page 32. There are discrepancies between the two letters. The inconsistencies have little impact on the outcome of the case. Given the profound concern which the applicant evinced for the matters she described, and her own professional standing, it is a great wonder that she did not call in the DCU and quit her employment with Meditrust long before November, 1994.

depuis plus d'un mois (dossier, volume 3, à la page 444). Elle n'a pas nié qu'il y avait des manques. Elle a affirmé qu'elle exerçait un contrôle insuffisant sur les stupéfiants à la Meditrust. Elle a fait ressortir plusieurs des problèmes qui existaient chez la Meditrust. Il ressort également de cette lettre que la requérante et le vice-président des systèmes chez Meditrust, M. Ajay Majithia, ont procédé à une vérification informelle des Percocet, Percodan, Oxycodan et Oxycet. M. Majithia est également pharmacien. Dans cette lettre, la requérante a tenté de justifier ses agissements. À son avis, la Meditrust traitait la réglementation sur les stupéfiants à la légère et la requérante avait tenté de remettre de l'ordre dans la situation. Dans sa lettre, elle fait état d'incidents de vol d'argent et d'objets non pharmaceutiques et signale le cas d'une employée qui avait été congédiée pour s'être envoyée par la poste une quantité importante de Prozac. La requérante s'est dite d'avis qu'il était impossible à la personne qui occupait le poste de directeur de la pharmacie, en l'occurrence elle-même, d'exercer le même degré de contrôle que celui que pourrait exercer une personne travaillant dans une officine ordinaire parce que la quantité de médicaments traités était trop importante. En outre, la requérante a fait état d'incidents de vol de stupéfiants après leur livraison par la poste. Elle n'a pas expliqué la perte de quelque 8 508 comprimés. Chose curieuse, il existe deux copies différentes de cette lettre, celle qui a été envoyée à M. Charron et dont il a déjà été fait mention, et celle que la requérante a jointe à son affidavit et que l'on trouve à la page 32 du volume 1 de son dossier. Il y a des divergences entre les deux lettres. Ces contradictions ont peu d'incidences sur l'issue de l'affaire. Compte tenu des vives préoccupations que la requérante a formulées au sujet des questions qu'elle a exposées et compte tenu de sa situation professionnelle, il est fort étonnant qu'elle n'ait pas fait intervenir l'UCM et qu'elle n'ait pas quitté son emploi à la Meditrust bien avant novembre 1994.

14 Mr. Charron replied to the applicant by letter of May 26, 1995 (AAR, Volume 1, at page 35). The thrust of the letter is that the applicant's comments did not "address themselves adequately in explaining the dramatic losses that occurred at Meditrust"

M. Charron a répondu à la requérante par lettre datée du 26 mai 1995 (dossier, volume 1, à la page 35). Il déclare essentiellement dans sa lettre que la requérante [TRADUCTION] «n'a pas fourni d'explications suffisantes au sujet des pertes considérables

14

(AAR, Volume 1, at page 35). The letter notes that, if anything, the audit results would be in the applicant's favour because it presumed a starting inventory of zero on March 23, 1994. Mr. Charron indicated that mailing narcotics was not prohibited by law and that any theft of the drugs after they left the pharmacy was irrelevant. Further, the allegations of theft were not linked to the missing narcotics, and "the erosion of these [preventatory] provisions over a period of time because of resource constraints is not an adequate excuse" (AAR, Volume 1, at page 35). The letter closes (AAR, Volume 1, at page 36):

As for your perception that in your work history you have "never had a problem", you might want to recall your experience as the owner of Seaway Pharmacy. An audit conducted by one of our Inspectors in January 1993 found significant unexplained losses of Oxycocet and Oxycodan. That experience should have fully sensitized you to the need for complete key control and restricting as far as possible the handling of N/CD material to pharmacists only.

Was it unfair of the Chief of the Drug & Environment Health Inspection Division?

- 15 On June 7, 1995, Ms. Anne Sztuke-Fournier, then the acting head of the Prescription Assessment Section of the Bureau, composed a draft letter for the Director's signature to the applicant and to the College, and sent it to the Director and to Legal Services (AAR, Volume 2, at pages 251-252). The draft letter to the College advised the College of the problem and was to attach the correspondence between the Bureau and Ms. Elguindi. The letter to the applicant states that the Bureau had determined that she had violated paragraphs 50(d) [as am. by SOR/85-588, s. 19] and (e) [as am. *idem*] and section 30 of the Regulations. The letter advised Ms. Elguindi that formal consultation with the College was going to be initiated and that she had the opportunity to make submissions to the Bureau within 15

survenues à la Meditrust» (dossier, volume 1, à la page 35). Dans cette lettre, M. Charron souligne que les résultats de la vérification seraient plutôt favorables à la requérante, parce que les vérificateurs présumaient que les stocks étaient à zéro au 23 mars 1994. M. Charron a précisé que l'envoi de stupéfiants par la poste n'était pas interdit par la loi et que le vol des stupéfiants une fois qu'ils étaient sortis de la pharmacie n'était pas pertinent. Il a en outre fait remarquer qu'il n'y avait aucun lien entre les accusations de vol et les stupéfiants manquants et que [TRADUCTION] «l'érosion de ces stocks sur une période de temps donné en raison des contraintes des ressources ne constitue pas une excuse suffisante» (dossier, volume 1, à la page 35). Voici en quels termes se termine la lettre (dossier, volume 1, à la page 36):

[TRADUCTION] Quant à votre perception que vous n'avez «jamais eu de problèmes» dans vos emplois précédents, je rappelle à votre mémoire votre expérience à titre de propriétaire de la Seaway Pharmacy. En effet, lors d'une vérification effectuée en janvier 1993, nos inspecteurs ont constaté la disparition inexpliquée d'importantes quantités d'Oxycocet et d'Oxycodan. Cet incident aurait dû vous sensibiliser suffisamment à la nécessité d'assurer un contrôle total des clés et de confier autant que possible la manutention des stupéfiants et des drogues contrôlées uniquement à des pharmaciens.

Le chef de la Division de l'inspection des médicaments et de l'hygiène du milieu a-t-il eu tort de penser ainsi?

- 15 Le 7 juin 1995, M^{me} Ann Sztuke-Fournier, qui était alors chef intérimaire de la Section d'évaluations des ordonnances du Bureau, a composé un projet de lettre destinée à la requérante et à l'Ordre. Elle a soumis cette lettre au directeur pour signature et l'a envoyée au directeur et aux Services juridiques (dossier, volume 2, aux pages 251 et 252). Le chef intérimaire a mis l'Ordre au courant du problème par ce projet de lettre, et devait joindre à celle-ci la correspondance échangée entre le Bureau et M^{me} Elguindi. La lettre à la requérante porte que le Bureau avait conclu que la requérante avait contrevenu aux alinéas 50(d) et e) et à l'article 30 du Règlement. Dans cette lettre, on informait M^{me} Elguindi que l'on allait consulter officiellement l'Ordre et qu'elle avait la possibilité de faire valoir son point de vue devant

days of receipt of the letter. This letter was approved by Mr. Mario Simard at Legal Services on June 12, 1995 (AAR, Volume 2, at page 349) and was sent to the applicant, with Mr. Rowsell's signature, on that same date (AAR, Volume 1, at page 41). The letter to the College, with a copy of the letter to Ms. Elguindi, was also sent that day (AAR, Volume 2, at page 127).

16 On June 15, 1995, Ms. Elguindi replied to Mr. Rowsell's letter. Her letter essentially reiterated the content of her April 24, 1995 letter to Mr. Charron. Again no explanation for missing narcotics was given, apart from the thievery of technicians. The letter contested the findings of the Bureau and provided excuses for not being able properly to control the narcotics she was responsible for, in the Seaway as well as the Meditrust situation (AAR, Volume 1, at pages 37-39). Ms. Elguindi seems to have been a star-crossed pharmacist, with narcotics frequently disappearing all around her.

17 The applicant retained a solicitor, Mr. Peter Chang, who requested a time extension for representations to be made to the Director on July 6, 1995 (AAR, Volume 1, at page 42). The next day he requested a copy of the March 7 to 9 inspection report (AAR, Volume 1, at page 43). The applicant was allowed an extension until July 31, 1995.

18 On July 31, 1995, Mr. Chang made submissions by letter to Director Rowsell (AAR, Volume 1, at page 50). The submissions touched three major areas: problems with the audit, problems with Meditrust's system for storing and dispensing narcotics and that Meditrust was trying to blame Ms. Elguindi for the narcotic losses. With respect to the audit, which is most important in terms of this case, Mr. Chang pointed to apparent discrepancies between the November 8, 1994 inventory and the

l'Ordre dans les 15 jours de la réception de la lettre. Cette lettre a été approuvée le 12 juin 1995 par M^c Mario Simard, des Services juridiques (dossier, volume 2, à la page 349) et elle a été envoyée le même jour à la requérante, sous la signature de M. Rowsell (dossier, volume 1, à la page 41). La lettre adressée à l'Ordre, à laquelle était jointe une copie de la lettre envoyée à M^{me} Elguindi, a également été envoyée le même jour (dossier, volume 2, à la page 127).

16 Le 15 juin 1995, M^{me} Elguindi a répondu à la lettre de M. Rowsell. Sa lettre reprend essentiellement le contenu de la lettre qu'elle avait envoyée le 24 avril 1995 à M. Charron. Elle n'y donne toujours pas d'explications au sujet des stupéfiants manquants, si ce n'est pour les attribuer à des vols commis par des techniciens. Dans cette lettre, elle conteste les conclusions du Bureau et présente ses excuses pour ne pas avoir su bien contrôler les stupéfiants dont elle avait la responsabilité, dans le cas de la Seaway et dans celui de la Meditrust (dossier, volume 1, aux pages 37 et 39). M^{me} Elguindi semble avoir été une pharmacienne maudite par le sort qui était victime de disparitions fréquentes de stupéfiants.

17 La requérante a retenu les services d'un avocat, M^c Peter Chang, qui a demandé le 6 juillet 1995 une prorogation du délai imparti à la requérante pour faire valoir son point de vue devant le directeur (dossier, volume 1, à la page 42). Le lendemain, il a demandé une copie de la lettre du 7 mars et du rapport d'inspection du 9 mars (dossier, volume 1, à la page 43). La requérante a obtenu une prorogation au 31 juillet 1995.

18 Le 31 juillet 1995, M^c Chang a présenté des observations sous forme de lettre adressée au directeur Rowsell (dossier, volume 1, à la page 50). Il y abordait trois grands sujets: les problèmes soulevés par la vérification, les problèmes d'entreposage et de délivrance de stupéfiants de la Meditrust et les tentatives faites par la Meditrust en vue de rejeter la responsabilité de la disparition des stupéfiants sur M^{me} Elguindi. En ce qui concerne la vérification, qui constitue un aspect fort important de la présente

investigators' numbers. He suggested two reasons, non-exclusive, for the difference. The first was that "Meditrust had withheld crucial data from the audit. thus creating an impression that large quantities of drugs were missing" (AAR, Volume 1, at page 51).

19 The second is that Meditrust's records could not be relied on, because it relied on Meditrust's documentation, which the applicant submitted was insufficient. Regarding Meditrust's system for storage of narcotic drugs, Mr. Chang noted that the applicant was susceptible to manipulation from Meditrust. Essentially, the applicant tried to the best of her ability to convince the Meditrust management to comply with the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* [R.S.C., 1985, c. F-27]. Her recommendations were continually frustrated (AAR, Volume 1, at page 54). Yet she did not resign. It is interesting to note that Meditrust promised to indemnify her for the costs of any disciplinary action taken by the College and the six-month salary if her licence was suspended or revoked (AAR, Volume 1, at page 61). This did not include professional misconduct.

20 Mr. Chang's third submission was that there were three possible reasons why Meditrust wanted to lay the blame on the applicant. The first was to cover up its own inefficiency and lack of security. The second was that Meditrust did not want to pay Ms. Elguindi the six-month salary that they had agreed to. The third was that the Meditrust management held a particular animosity to the applicant (AAR, Volume 1, at page 56).

21 On August 15, 1995, the College replied to the course of action (AAR, Volume 2, at page 128) proposed in the June 12, 1995 letter and the further correspondence of July 10, 1995 (AAR, Volume 1,

affaire, M^e Chang a fait ressortir les contradictions apparentes entre l'inventaire du 8 novembre 1994 et les chiffres obtenus par les enquêteurs. Il a avancé notamment deux raisons pour expliquer ces divergences. La première était que [TRADUCTION] «la Meditrust a soustrait des données cruciales à la vérification, créant ainsi l'impression que d'importantes quantités de médicaments manquaient» (dossier, volume 1, à la page 51).

La seconde raison était que l'on ne pouvait se fier aux dossiers de la Meditrust, parce qu'ils étaient fondés sur des documents de la Meditrust qui, selon la requérante, étaient incomplets. En ce qui concerne le système d'entreposage des stupéfiants utilisé par la Meditrust, M^e Chang a fait remarquer que la requérante risquait d'être manipulée par la Meditrust. Essentiellement, la requérante a fait tout en son pouvoir pour convaincre la direction de la Meditrust de se conformer à la *Loi sur les stupéfiants* et à la *Loi sur les aliments et drogues* [L.R.C. (1985), ch. F-27]. Ses recommandations n'ont jamais été suivies (dossier, volume 1, à la page 54). Pourtant, elle n'a pas donné sa démission. Il est curieux de constater que la Meditrust a promis d'indemniser la requérante des frais afférents à toute mesure disciplinaire que pouvait prendre l'Ordre contre elle et de lui verser six mois de salaire si son permis était suspendu ou révoqué (dossier, volume 1, à la page 61). Cet engagement ne couvrait pas les cas de manquements professionnels.

En troisième lieu, M^e Chang a fait valoir qu'il pouvait y avoir trois raisons pour lesquelles la Meditrust voulait rejeter la responsabilité sur la requérante. Premièrement, elle voulait camoufler sa propre inefficacité et l'insuffisance des mesures de sécurité. Deuxièmement, elle ne voulait pas payer à M^{me} Elguindi les six mois de salaire qu'elle avait convenu de lui verser. Troisièmement, la direction de la Meditrust avait une hostilité particulière envers la requérante (dossier, volume 1, à la page 56).

Le 15 août 1995, l'Ordre a répondu à la ligne de conduite proposée dans la lettre du 12 juin 1995 (dossier, volume 2, à la page 128) et à la lettre du 10 juillet 1995 (dossier, volume 1, à la page 49).

at page 49). The letter indicated that the College had no objection to the Bureau issuing notices to pharmacists and licensed narcotics dealers. On August 23, 1995 the Director sent a letter (AAR, Volume 1, at page 65) to Mr. Chang advising him that he had commenced formal consultation with the College and was considering invoking the authority of the Minister to give notice to pharmacists and licensed narcotics dealers in Ontario not to sell any narcotic drugs to the applicant. The letter allowed the applicant 14 days to make representations to the Director.

- 22 On September 19, 1995 the applicant filed the originating notice of motion for this judicial review which included a request for an interlocutory injunction against the Director to prohibit notice to pharmacists or licensed narcotics dealers. The injunction and an order that the Director retract any notices issued was adjourned *sine die* by Justice Wetston on September 20, 1995. Further representations were made by the applicant's solicitor on November 1, 1995 (AAR, Volume 2, at page 392).

- 23 The Director's decision to issue notices was issued on January 4, 1996. It reads in part (AAR, Volume 4, at pages 831-835):

The Bureau holds Elguindi responsible for losses that occurred between March 23, 1994 to November 3, 1994. The period of December 8, 1993, to March 23, 1994 was excluded and the inspectors conducted their audit by assuming a zero inventory, thereby giving Ms. Elguindi the benefit of the doubt and placing the results in the best possible light. The drug inventory is computed as a difference between the drugs purchased less those sold, less drugs still in inventory.

You will find enclosed a copy of the inspector's comments, dated October 10, 1995, as well as copies of invoices (items missed in purchase records) obtained directly from the licenced dealer, Medis Health and Pharmaceutical Services Inc., No evidence was found indicating that Meditrust's records were inaccurate.

. . .

Dans cette lettre, l'Ordre déclare qu'il ne voit aucune objection à ce que le Bureau donne un avis aux pharmaciens et aux distributeurs autorisés de stupéfiants. Le 23 août 1995, le directeur a envoyé une lettre (dossier, volume 1, à la page 65) à M^c Chang pour l'informer qu'il avait entrepris des consultations officielles avec l'Ordre et qu'il envisageait la possibilité d'invoquer le pouvoir du ministre pour aviser les pharmaciens et les distributeurs autorisés de stupéfiants de l'Ontario de ne vendre aucun stupéfiant à la requérante. Dans cette lettre, l'Ordre donnait à la requérante 14 jours pour faire valoir son point de vue devant le directeur.

- 22 Le 19 septembre 1995, la requérante a déposé un avis de requête introductif d'instance en vue d'obtenir le présent contrôle judiciaire. Cet avis comprenait une demande d'injonction interlocutoire interdisant au directeur d'envoyer l'avis susmentionné aux pharmaciens et distributeurs autorisés de stupéfiants. Le 20 septembre 1995, le juge Wetston a ajourné *sine die* l'injonction et l'ordonnance enjoignant au directeur d'annuler tout avis déjà envoyé. L'avocat de la requérante a présenté d'autres observations le 1^{er} novembre 1995 (dossier, volume 2, à la page 392).

- 23 La décision du directeur de publier l'avis a été prise le 4 janvier 1996. En voici un extrait (dossier, volume 4, aux pages 831 à 835):

[TRADUCTION] Le Bureau tient M^{me} Elguindi responsable des pertes qui se sont produites entre le 23 mars 1994 et le 3 novembre 1994. La période du 8 décembre 1993 au 23 mars 1994 a été exclue et les inspecteurs ont procédé à leur inventaire en présumant que l'inventaire était alors égal à zéro, accordant ainsi à M^{me} Elguindi le bénéfice du doute et plaçant les résultats sous le meilleur jour possible. L'inventaire des stupéfiants est calculé en fonction de la différence entre les stupéfiants achetés et ceux qui ont été vendus, duquel montant sont soustraits les stupéfiants qui sont encore en stock.

Vous trouverez ci-joint une copie des observations des inspecteurs en date du 10 octobre 1995, ainsi que des copies des factures (les articles ne sont pas indiqués dans les registres d'achat) qui ont été obtenues directement des distributeurs autorisés, Medis Health et Pharmaceutical Services Inc., . . . Rien ne permet de penser que les dossiers de la Meditrust ne sont pas exacts.

. . .

You indicated that evidence of theft existed at Meditrust. However, there is no mention of the nature and quantities of drugs involved.

...

If a pharmacist chooses to work in an unsuitable environment, he or she becomes responsible for his or her actions. The Ontario College of Pharmacists . . . would most certainly have been interested to know that there was a violation in procedures at Meditrust. There is no indication that Ms. Elguindi has made any efforts to appraise them of the situation.

...

It is determined that Sahar Elguindi has not provided any evidence to account for the shortages of narcotic drugs Hence, it has been determined that Sahar Elguindi has violated paragraph 50(d) and (e) and 30 of the Narcotic Control Regulations.

...

I have reviewed all the evidence and come to the conclusion that Ms. Elguindi has violated sections 50(d) and (e) and 30 of the Narcotic Control Regulations.

...

In view of all the circumstances of this case, I am therefore informing you of my decision, on behalf of the Minister of National Health and Welfare, to give notice to pharmacists in Ontario and licensed dealers that they may not supply any medication with a narcotic drug content, pursuant to Ms. Sahar K. Elguindi's orders. These notices will be issued on January 30, 1996.

These notices can be revoked when the following circumstances occur:

(a) A pharmacist and the appropriate licensing authority of the province in which the pharmacist is registered and entitled to practice have made a written request to the Minister that the Minister revoke the notices given by the Minister; and

(b) One year has elapsed since the notices referred to above were given by the Minister.

In keeping with the longstanding policy of this bureau to maintain a close liaison with all provincial licensing authorities, we are providing the Ontario College of Pharmacists with a copy of this correspondence.

Included with the decision were several documents which were apparently relied on but which had not

Vous avez déclaré qu'il existe des preuves tendant à démontrer que des vols étaient commis à la Meditrust. Vous ne précisez cependant pas la nature et la quantité de stupéfiants en cause.

...

Si un pharmacien choisit de travailler dans un milieu qui ne convient pas, il devient responsable de ses propres actes. L'Ordre des pharmaciens de l'Ontario . . . aurait de toute évidence été intéressé d'apprendre que des violations de la procédure prescrite étaient commises au sein de la Meditrust. Or, rien ne permet de penser que M^{me} Elguindi a fait quoi que ce soit pour mettre l'Ordre au courant de la situation.

...

J'en viens à la conclusion que M^{me} Sahar Elguindi n'a présenté aucune preuve pour justifier l'absence de stupéfiants . . . Je conclus donc que M^{me} Sahar Elguindi a contrevenu aux alinéas 50(d) et 50(e) et à l'article 30 du Règlement sur les stupéfiants.

...

J'ai examiné l'ensemble de la preuve et j'en viens à la conclusion que M^{me} Elguindi a contrevenu aux alinéas 50(d) et 50(e) et à l'article 30 du Règlement sur les stupéfiants.

...

Compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, je vous informe donc de ma décision d'aviser au nom du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social les pharmaciens et les distributeurs autorisés de l'Ontario qu'ils ne peuvent fournir aucun médicament contenant un stupéfiant à M^{me} Sahar Elguindi. Cet avis sera donné le 30 janvier 1996.

Ces avis peuvent être révoqués si les conditions suivantes sont réunies:

a) Un pharmacien et les autorités compétentes chargées de délivrer les permis dans la province où le pharmacien est inscrit et autorisé à exercer la pharmacie demandent par écrit au ministre d'annuler l'avis qu'il a donné;

b) Une année s'est écoulée depuis que le ministre a donné l'avis susmentionné.

Conformément à la politique de longue date du Bureau de maintenir des liens étroits avec toutes les autorités provinciales chargées de délivrer les permis, nous envoyons une copie de la présente à l'Ordre des pharmaciens de l'Ontario.

À cette décision étaient joints plusieurs documents sur lesquels le Bureau s'était vraisemblablement

been previously disclosed. These included copies of the Medis purchase records (Medis being the narcotic dealer), the Medis monthly sales reports and letters from the DCU, dated January 27, 1993 and February 2, 1993 to the applicant regarding the Seaway incident. The cross-examination of Ms. Sztuke-Fournier also revealed that there were numerous oral representations made between Ms. Fournier and the Director (see especially AAR, Volume 2, at pages 284-285).

24 On January 22, 1996 the applicant obtained an interlocutory injunction before the Associate Chief Justice prohibiting the respondents from issuing notices pending the outcome of judicial review before this Court. The hearing was set for June 3, 1996. On this date, the applicant obtained an order to conduct cross-examinations of Ms. Fournier and Mr. Wolfson and to obtain any other documentation that had been considered by the Director in coming to his decision. More documents were turned over to the applicant.

25 The applicant has raised three issues with respect to the impugned decision. The first is that there was a reasonable apprehension of bias. The second ground is that the Director made his decision to issue notices without regard to the evidence before him. The final is that there was a breach of natural justice because the Director did not disclose all of the documents considered by him in making the decision prior to the decision and that he entertained submissions *ex parte* without disclosing same to the applicant.

26 The first is without merit. There was no reasonable apprehension of bias. The applicant's argument is that because the Director's June 12, 1995 letter stated "It has been determined you have violated the following Narcotic Control Regulations as outlined below" (AAR, Volume 1, at page 40), the decision had already been made. Counsel for the applicant further submitted that the applicant was not notified that the decision was going to be made and that she

fondé mais qui n'avaient pas été divulgués. Parmi ces documents, il y a lieu de mentionner des copies des registres d'achat de la Medis (la Medis était le distributeur de stupéfiants), les rapports de ventes mensuels de la Medis et des lettres adressées par l'UCM à la requérante et datées du 27 janvier 1993 et du 2 février 1993 au sujet de l'incident de la Seaway. Le contre-interrogatoire de M^{me} Sztuke-Fournier a également révélé que de nombreuses observations avaient été faites verbalement entre M^{me} Fournier et le directeur (voir spécialement le dossier, volume 2, aux pages 284 et 285).

24 Le 22 janvier 1996, la requérante a obtenu une injonction interlocutoire par laquelle le juge en chef adjoint a interdit aux intimés de donner un avis en attendant l'issue du contrôle judiciaire devant la Cour. L'audience était fixée au 3 juin 1996. Ce jour-là, la requérante a obtenu une ordonnance lui permettant de contre-interroger M^{me} Fournier et M. Wolfson et d'obtenir tout autre document dont le directeur avait tenu compte pour en venir à sa décision. D'autres documents ont été remis à la requérante.

25 La requérante invoque trois moyens pour contester la décision en cause. En premier lieu, elle affirme qu'il existe une crainte raisonnable de partialité. Le second moyen qu'elle fait valoir est que le directeur a pris sa décision de donner l'avis sans tenir compte des éléments de preuve portés à sa connaissance. Finalement, elle affirme que le directeur n'a pas respecté les règles de justice naturelle en ne divulguant pas tous les documents dont il avait tenu compte pour en venir à sa décision avant de prendre celle-ci et que le directeur a entendu des observations *ex parte* sans en informer la requérante.

26 Le premier moyen est mal fondé. Il n'y a pas de crainte raisonnable de partialité. La requérante prétend que le directeur avait déjà pris sa décision parce qu'il a déclaré, dans sa lettre du 12 juin 1995: [TRADUCTION] «J'en suis venu à la conclusion que vous avez contrevenu aux dispositions suivantes du Règlement sur les stupéfiants de la manière ci-après précisée» (dossier, volume 1, à la page 40). L'avocat de la requérante soutient en outre que la requérante n'a

had no opportunity to make submissions. This decision, against which the applicant was supposedly denied the opportunity to respond, showed a predisposition that subsequent submissions did not affect. The thrust of this submission contests the finding of the breach of the Regulations (transcript, at pages 251-255). This submission is without merit. The applicant was put on notice by the April 18, 1995 letter from Mr. Charron that there was a shortage of narcotics for the period for which she was responsible (AAR, Volume 1, at page 30). She made submissions in her defence at this stage by her letter of April 24, 1995 (AAR, Volume 1, at page 32). While these do not amount to submissions to the director *per se*, this was her first opportunity to stop the entire process had she been able to provide a satisfactory explanation for the missing drugs. The Director, in his June 12, 1995 letter to the applicant, found a breach of paragraphs 50(d) and (e) of the Regulations. This conclusion was necessary to determine whether the Minister should exercise his discretion to issue notice under paragraphs 47(b) and 48(b) of the Regulations. The relevant portion of the letter (AAR, Volume 1, at page 41) reads, thus:

Sections 47 and 48 of the Narcotic Control Regulations contain provisions that when the above-mentioned circumstances exist, the Minister may notify pharmacists and licensed dealers not to supply narcotic drugs on the order of that pharmacist Accordingly you are provided with an opportunity to make whatever representations you feel appropriate within fifteen (15) days from the date of the receipt of this letter.

This decision, to see whether the circumstances warrant the exercise of his discretion, in no way amounts to pre-judgment: the letter does not indicate that the Director viewed that the matter should proceed towards notification as of June 12, 1995. This stage of the proceedings was no more than a decision to proceed to the decision stage and is made purely within the administrative framework.

pas été avisée que la décision allait être prise et qu'elle n'a pas eu l'occasion de faire valoir son point de vue. Cette décision, à laquelle la requérante n'aurait pas eu l'occasion de répondre, révélerait l'existence d'un parti pris sur lequel les observations qui ont par la suite été faites n'ont eu aucune incidence. En invoquant ce moyen, la requérante conteste essentiellement la conclusion suivant laquelle elle a contrevenu au Règlement (transcription aux pages 251 à 255). Ce moyen est mal fondé. La requérante a été avisée par la lettre du 18 avril 1995 de M. Charron qu'il manquait des stupéfiants pour la période où elle était responsable des stocks (dossier, volume 1, à la page 30). Elle a présenté des observations pour se défendre à cette étape-ci par sa lettre du 24 avril 1995 (dossier, volume 1, à la page 32). Bien que ces observations n'aient pas été faites directement au directeur, c'était la première occasion qui était donnée à la requérante de stopper tout le processus si elle avait pu fournir une explication satisfaisante pour justifier l'absence de stupéfiants. Dans sa lettre du 12 juin 1995 à la requérante, le directeur a conclu que la requérante avait contrevenu aux alinéas 50d) et e) du Règlement. Cette conclusion était nécessaire pour déterminer si le ministre devait exercer son pouvoir discrétionnaire de donner l'avis prévu aux alinéas 47b) et 48b) du Règlement. Voici le passage pertinent de la lettre en question (dossier, volume 1, à la page 41):

[TRADUCTION] Les articles 47 et 48 du Règlement sur les stupéfiants renferment des dispositions qui prévoient que, dans les circonstances susmentionnées, le ministre peut donner aux pharmaciens et aux distributeurs autorisés un avis précisant qu'aucun stupéfiant ne doit être fourni en réponse à une commande de ce pharmacien . . . Par conséquent, l'occasion vous est donnée de faire valoir votre point de vue dans les quinze (15) jours de la date de réception de la présente lettre.

Cette décision, qui porte sur la question de savoir si les circonstances justifiaient l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, ne permet nullement de conclure que le directeur avait préjugé de la question. La lettre ne permet pas de conclure que le directeur estimait que l'affaire devait se solder par l'avis du 12 juin 1995. À cette étape de la procédure, il a simplement été décidé de passer à l'étape de la décision et cette mesure s'inscrit parfaitement dans le cadre de la procédure administrative.

- 27 The second ground, that the Director made a reviewable error, also fails. When the Minister or his representatives make a decision pursuant to an Act of Parliament, the Minister is said to constitute a federal board for the purposes of section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] (*Beauchamp v. Hockin* (1989), 30 F.T.R. 318 (F.C.T.D.); *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (Man. Q.B.)). Board decisions are usually held to be reviewable only when they are patently unreasonable (*Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394). So it is incumbent on the applicant in this case to show that the board made a patently unreasonable finding of fact or law.
- 28 The applicant submits that the Director committed a reviewable error when he found that the applicant should be held responsible for losses that were, according to both the applicant and the DCU's inspectors, the result of pilferage (transcript, at page 259). While this may be a correct assertion, the Regulations impose an almost strict liability on pharmacists to control their narcotics inventories. How the drugs went missing is not the question. Rather, the question is how properly protected narcotics went missing. No satisfactory explanation was given to the Director. This is a factual determination made by the Director on the basis of the material before him. Should the Court defer to the Director's factual finding?
- 29 Courts will usually show deference to a specialized board (*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557). This case is no exception. The director of the Bureau of Drug Surveillance is easily characterized as a specialized board. The rôle of the Bureau is to administer the legislation governing the use of narcotic and controlled drugs in Canada (AAR, Volume 2, at page 120) and to minimize the health hazards associated with the inappropriate circulation and use of narcotic
- Le second moyen, suivant lequel le directeur a commis une erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire, est également mal fondé. Lorsque le ministre ou ses représentants prennent une décision en vertu d'une loi fédérale, le ministre est présumé constituer un office fédéral au sens de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] (*Beauchamp c. Hockin* (1989), 30 F.T.R. 318 (C.F. 1^{re} inst.); *Richardson (James) & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1981] 2 W.W.R. 357 (B.R. Man.)). On considère habituellement que les décisions rendues par des offices donnent ouverture à un contrôle judiciaire lorsqu'elles sont manifestement déraisonnables (*Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394). Il incombe donc à la requérante de démontrer en l'espèce que l'office a tiré une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable.
- La requérante soutient que le directeur a commis une erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire en concluant que la requérante devait être tenue responsable de pertes qui, selon la requérante et les inspecteurs de l'UCM, étaient le résultat d'un charpillage (transcription, à la page 259). Bien que cette assertion puisse être exacte, le Règlement impose presque une obligation stricte aux pharmaciens en ce qui concerne le contrôle de leurs stocks de stupéfiants. La façon dont les stupéfiants ont disparu n'est pas en cause. La question qui se pose est plutôt celle de savoir comment des stupéfiants aussi bien protégés ont pu disparaître. Aucune explication satisfaisante n'a été fournie au directeur. Il s'agit d'une conclusion de fait que le directeur doit tirer d'après les éléments dont il dispose. La Cour devrait-elle respecter la conclusion de fait tirée par le directeur?
- Les tribunaux font habituellement preuve de déférence à l'égard des offices spécialisés (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557). La présente affaire ne fait pas exception. On peut facilement qualifier le directeur du Bureau de surveillance des drogues d'office spécialisé. Le rôle du Bureau consiste à appliquer les dispositions législatives régissant l'utilisation des stupéfiants et des drogues contrôlées au Canada (dossier, volume 2, à la page 120) et de minimiser

drugs. This includes preventing their entry into the illicit market. The Bureau monitors the distribution of narcotics from information supplied by licensed pharmaceutical dealers, pharmacies and inspection staff employed by the Department (AAR, Volume 2, at pages 121-122). As the evidence before him showed some 8000 narcotic tablets missing, the Director did not make a patently unreasonable error in deciding that the applicant should be held responsible for the shortages. The legal decision made by the Director, to issue notice pursuant to the Regulations, was based on this factual finding and is rationally supported by it. This fits within the thoughts of Mr. Justice MacGuigan of the Federal Court of Appeal in *MacLean Hunter Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1988), 15 C.E.R. 340 (F.C.A.), at page 343:

Courts have consistently held that it is not an error of law for a tribunal not to give reasons on every argument presented to it (*Canadian Arsenal Limited v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393 at pp. 399-400), nor even to fail to make an explicit written finding on each constituent element of its decision (*Service Employees' Int'l Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn of Nipawin et al.* (1974), 41 D.L.R. (3d) 6 at p. 13, [1974] 1 W.W.R. 653 at p. 659). The only question that can arise in the absence of written reasons is whether the decision arrived at can rationally be supported.

30 The final ground raised by the applicant, that there was a breach of natural justice, warrants careful consideration as there may be grave consequences to Ms. Elguindi's career. The specific breach alleged by the applicant was that the Director considered material that was not disclosed to the applicant prior to the decision and that the Director considered submissions *ex parte* without allowing the applicant a chance to respond.

les risques pour la santé associés à la distribution et à l'utilisation irrégulières des stupéfiants, notamment en empêchant l'entrée de ceux-ci sur le marché illicite. Le Bureau surveille la distribution des stupéfiants grâce aux renseignements qu'il recueille auprès des distributeurs autorisés de produits pharmaceutiques, des pharmacies et des membres du personnel d'inspection au service du Ministère (dossier, volume 2, aux pages 121 et 122). Comme les éléments de preuve portés à sa connaissance démontreraient que quelques 8 000 comprimés de stupéfiants avaient disparu, le directeur n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable en décidant que la requérante devait être tenue responsable des absences de stupéfiants. La décision légale que le directeur a prise de publier un avis en vertu du Règlement était fondée sur cette conclusion de fait et elle est rationnellement justifiée par celle-ci. Cette décision s'accorde avec les propos formulés par le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *MacLean Hunter Ltd. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1988), 15 C.E.R. 340 (C.A.F.), à la page 343:

Les tribunaux ont constamment refusé de considérer comme une erreur de droit l'omission d'un tribunal de prononcer des motifs relativement à chacun des arguments qui lui sont présentés (*Les Arsenaux canadiens Limitée c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393, aux p. 399 et 400) et même le défaut de tirer par écrit une conclusion expresse relativement à chaque élément constitutif de sa décision (*Service Employees' Int'l Union, Local No. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Ass'n of Nipawin et al.* (1974), 41 D.L.R. (3d) 6, à la p. 13, [1974] 1 W.W.R. 653, à la p. 659). La seule question pouvant être soulevée en l'absence de motifs prononcés par écrit est celle de savoir si la décision qui a été prise peut être rationnellement justifiée.

Le dernier moyen que soulève la requérante, à 30 savoir qu'il y a eu un manquement aux principes de justice naturelle, mérite un examen attentif, car cet aspect est susceptible d'avoir des conséquences graves sur la carrière de M^{me} Elguindi. Le manquement précis que la requérante reproche au directeur est d'avoir examiné des documents qui n'ont pas été communiqués à la requérante avant de prendre sa décision et d'avoir examiné des observations *ex parte* sans donner à la requérante la possibilité d'y répondre.

31 The first question to be addressed is how much procedural fairness the administrative scheme attracts. The statute itself does not speak to any requirements or limits of natural justice. In these cases,

. . . tribunals are considered to be masters in their own house. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice. [*Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, at pages 568-569].

Madam Justice L'Heureux-Dubé, speaking for the majority of the Supreme Court in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, made it clear that a general duty to be fair will exist if the following three factors laid out by *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, are met. The first to consider is the nature of the decision. The director's decision, exercising the Minister's authority, is not a purely administrative one and comes within the type of "general" decision contemplated by the Supreme Court. The other part of this first factor is the finality of the decision. If the decision is final, as opposed to preliminary, it is more likely to trigger the duty to act fairly. In the case at hand, the decision is final, but may be subsequently lifted as above mentioned.

32 The second factor is the relationship between the board and the applicant. Here, the director was exercising a delegated statutory power. As Madam Justice L'Heureux-Dubé put it, at page 675:

The powers exercised by the appellant Board are delegated statutory powers which, as much as the statutory powers exercised directly by the government, should be put only to legitimate use . . . the public has an interest in the proper use of delegated power by administrative bodies.

While this was discussed in the context of an office "held at pleasure", it does not exclude ministerial discretion delegated to the director.

31 La première question à examiner est celle de savoir quel est le degré d'équité procédurale exigé par le régime administratif. La loi elle-même est muette en ce qui concerne les exigences et les limites de la justice naturelle. En pareil cas,

. . . ces tribunaux sont considérés maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par loi ou règlement, ils fixent leur propre procédure à la condition de respecter les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de respecter les règles de justice naturelle. [*Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, aux pages 568 et 569].

M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, qui s'exprimait au nom de la majorité des juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, a bien précisé qu'il existe une obligation générale d'agir équitablement si les trois facteurs établis dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, sont présents. Le premier facteur à examiner est celui de la nature de la décision. La décision du directeur, qui exerce le pouvoir du ministre, n'est pas une décision purement administrative: elle fait donc partie du type de décisions «générales» envisagées par la Cour suprême. L'autre volet de ce premier facteur est le caractère définitif de la décision. Si la décision est définitive, plutôt que préliminaire, elle est davantage susceptible de donner lieu à l'existence d'une obligation d'agir équitablement. En l'espèce, la décision est définitive, mais elle peut ultérieurement être révoquée, comme il a déjà été précisé.

32 Le deuxième facteur est la relation qui existe entre l'office et la requérante. En l'espèce, le directeur exerçait un pouvoir légal délégué. Ainsi que M^{me} le juge L'Heureux-Dubé l'explique, à la page 675:

Les pouvoirs exercés par le Conseil sont des pouvoirs légaux délégués qui, tout comme les pouvoirs légaux exercés directement par le gouvernement, ne devraient servir qu'à des fins légitimes . . . le public a intérêt à ce que les organismes administratifs exercent d'une manière appropriée leur pouvoirs délégués.

Bien que cette question ait été analysée dans le contexte d'une charge occupée «à titre amovible», elle n'exclut pas le pouvoir ministériel délégué au directeur.

33 The third factor to be considered is the impact of the decision on the applicant. How will the decision affect Ms. Elguindi's rights? In *Knight*, L'Heureux-Dubé, J. stated that "There is a right to procedural fairness only if the decision is a significant one and has an important impact on the individual" (at page 677). As a general principle, "[a] high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake" (*Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1113). In this case, Ms. Elguindi's ability to carry out the duties of a professional pharmacist will be impaired by the decision because she will not be able to order narcotics. This is part and parcel of the pharmacist's profession. Further, it will be a blemish on her record which may impair her ability to secure employment in the future. When the three factors are considered, there is no doubt that the decision attracts a general duty of fairness.

34 This said, the content of the duty must be determined. Mr. Justice Sopinka noted in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pages 895-896 that:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates.

Thus, the decision this Court must make is to determine whether the Director was required to comply with all the rules of natural justice or to accord

33 Le troisième facteur dont il faut tenir compte est celui de l'effet de la décision sur la requérante. Quel effet la décision aura-t-elle sur les droits de M^{me} Elguindi? Dans l'arrêt *Knight*, le juge L'Heureux-Dubé déclare: «Il n'y a droit à l'équité procédurale que si la décision est importante et a de graves répercussions sur l'intéressé» (à la page 677). Le principe général est que «[u]ne justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu» (*Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1113). En l'espèce, la capacité de M^{me} Elguindi d'exercer les fonctions de pharmacienne professionnelle sera entravée par la décision l'empêchant de commander des stupéfiants. Or, il s'agit là d'un aspect essentiel de la profession de pharmacien. En outre, la décision imprimera une flétrissure dans son dossier et diminuera ses chances d'obtenir un autre emploi. Lorsqu'on tient compte de ces trois facteurs, il n'y a aucun doute que la décision commande une obligation générale d'agir équitablement.

34 Ceci étant dit, il reste à préciser le contenu de l'obligation. À cet égard, le juge Sopinka a fait remarquer dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pages 895 et 896:

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question.

Ainsi donc, la décision que la Cour doit rendre consiste à déterminer si le directeur était tenu de se conformer à toutes les règles de justice naturelle ou

some of the rules of procedural fairness to the appellant. In this case, the applicant had opportunity to make submissions and did so on several occasions. The full-blown rights of natural justice do not need to be afforded in this case, as this procedure is on the lower end of the spectrum, viz., it is the exercise of ministerial discretion. No oral hearing is stipulated in the Act, nor was one requested. Ample notice was given, and the applicant knew the substance of the allegations and evidence against her. The issue in this case is very narrow. Does the non-disclosure of documents which were before the Director at the time of making the decision, to which the applicant was obviously unable to respond, constitute a breach of procedural fairness? Disclosure, intimately related to the ability to advance one's case, exists even at the lower end of the spectrum.

de suivre certaines règles d'équité procédurale dans le cas de la requérante. En l'espèce, la requérante a eu l'occasion de faire valoir son point de vue et elle l'a fait à plusieurs reprises. Il n'était pas nécessaire de lui accorder en l'espèce toute la gamme des droits de justice naturelle, étant donné que la présente procédure se situe au bas de l'échelle, puisqu'il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. La Loi ne prévoit pas la tenue d'une audition, et aucune n'a été demandée. Un avis suffisant a été donné, et la requérante était au courant de l'essentiel des allégations et des éléments de preuve invoqués contre elle. La question en litige en l'espèce est très étroite. La non-divulgence des documents dont disposait le directeur au moment où il a pris sa décision, et auxquels la requérante n'a de toute évidence pas pu répondre, constitue-t-elle un manquement à l'équité procédurale? L'obligation de divulgation, qui est intimement liée à la capacité de faire valoir son point de vue, existe même au bas de l'échelle.

35 The evidence which was before the Director and not disclosed until after the decision is found at Volume 2, tab 5(f) of the applicant's application record. The extent to which the Director considered each piece, if at all, is not known. The decision simply states "I have reviewed all the evidence" (AAR, Volume 4, at page 834). Of importance to the applicant is that they include all the underlying inventories and sales records of narcotics for both Meditrust and Medis. All the applicant had to respond to was the Community Pharmacy Inspection Report (transcript, at page 108), which was a tabulation of these underlying documents.

Les éléments de preuve dont disposait le directeur et qui n'ont été divulgués qu'après que la décision a été prise se trouvent à l'onglet 5f) du volume 2 du dossier de la demande de la requérante. On ne sait pas dans quelle mesure le directeur a examiné chaque élément, voire même s'il les a examinés. Le directeur s'est contenté de déclarer, dans sa décision: [TRADUCTION] «J'ai examiné l'ensemble de la preuve» (dossier, volume 4, à la page 834). Un aspect important pour la requérante est que ces éléments de preuve comprennent tous les inventaires sous-jacents et registres de ventes de la Meditrust et de la Medis. Le seul document auquel la requérante devait répondre était le rapport d'inspection de la Community Pharmacy (transcription, à la page 108), qui était une tabulation des documents sous-jacents en question.

36 The documents received by the applicant pursuant to the June 18, 1996 order by the Associate Chief Justice are as follows:

Voici les documents que la requérante a reçus aux termes de l'ordonnance prononcée le 18 juin 1996 par le juge en chef adjoint:

1. A March 16, 1995 memorandum from inspectors Wolfson and Lueng concerning a meeting with a Crown attorney and two police officers with respect to the narcotics investigation at Meditrust (AAR,

1. Une note de service du 16 mars 1995 des inspecteurs Wolfson et Lueng concernant une rencontre avec un procureur de la Couronne et deux agents de police relativement à l'enquête menée à la Meditrust

Volume 2, at page 332).

2. A March 15, 1995 memorandum from inspectors Wolfson and Lueng to Police Constable Rick Ricketts of the Metropolitan Toronto Police with respect to the applicant and Meditrust (AAR, Volume 2, at page 333).

3. A July 13, 1995 note of a telephone conversation between Mr. Wolfson and Ms. Fournier regarding the applicant and Cim's Drugmart (AAR, Volume 2, at page 341).

4. A July 14, 1995 Community Pharmacy Inspection Report prepared by inspector Wolfson with respect to Cim's Drugmart (AAR, Volume 2, at page 342).

5. An August 3, 1995 note from Ms. Fournier to the Director advising that the applicant was arrested July 18 regarding the Meditrust investigation by police and charged for theft under \$5000 and regarding a new incident at Cim's Drugmart not yet investigated (AAR, Volume 2, at page 344).

6. An August 23, 1995 letter from the Director to the College (AAR, Volume 2, at page 345).

7. A September 22, 1995 memorandum from Ms. Fournier to Legal Services regarding the applicant and Cim's Drugmart (AAR, Volume 2, at page 360).

8. An October 4, 1995 file summary from Ms. Fournier to the Director Mr. Charron and Legal Services (AAR, Volume 2, at page 365).

9. A November 21, 1995 e-mail message from Ms. Fournier to the Director, Legal Services and Mr. Charron (AAR, Volume 2, at page 386).

10. Ms. Fournier's notes to file of November 22, 1995 and December 14, 1995 with respect to meeting with the College (AAR, Volume 2, at page 393).

au sujet des stupéfiants (dossier, volume 2, à la page 332).

2. Une note de service du 15 mars 1995 des inspecteurs Wolfson et Lueng à l'agent de police Rick Ricketts de la police de la communauté urbaine de Toronto au sujet de la requérante et de la Meditrust (dossier, volume 2, à la page 333).

3. Une note du 13 juillet 1995 concernant une conversation téléphonique échangée entre M. Wolfson et M^{me} Fournier au sujet de la requérante et de la Cim's Drugmart (dossier, volume 2, à la page 341).

4. Un rapport d'inspection du 14 juillet 1995 de la Community Pharmacy rédigé par l'inspecteur Wolfson au sujet de la Cim's Drugmart (dossier, volume 2, à la page 342).

5. Une note du 3 août 1995 de M^{me} Fournier informant le directeur que la requérante avait été arrêtée le 18 juillet au sujet de l'enquête menée par la police chez la Meditrust et qu'elle avait été accusée d'un vol de moins de 5 000 \$, et signalant un nouvel incident survenu à la Cim's Drugmart et qui n'avait pas encore fait l'objet d'une enquête (dossier, volume 2, à la page 344).

6. Une lettre écrite le 23 août 1995 par le directeur à l'Ordre (dossier, volume 2, à la page 345).

7. Une note de service écrite le 22 septembre 1995 par M^{me} Fournier aux Services juridiques au sujet de la requérante et de la Cim's Drugmart (dossier, volume 2, à la page 360.)

8. Un résumé de dossier rédigé le 4 octobre 1995 par M^{me} Fournier à l'intention du directeur, de M. Charron et des Services juridiques (dossier, volume 2, à la page 365).

9. Un message envoyé par courrier électronique le 21 novembre 1995 par M^{me} Fournier au directeur, à M. Charron et aux Services juridiques (dossier, volume 2, à la page 386).

10. Les notes au dossier prises le 22 novembre 1995 et le 14 décembre 1995 par M^{me} Fournier au sujet d'une rencontre avec l'Ordre (dossier, volume 2, à la page 393.)

11. A November 23, 1995 e-mail message from Mr. Charron to Ms. Fournier (AAR, Volume 2, at page 394).

12. A November 23, 1995 memorandum from Mr. Charron to file and to the Director (AAR., Volume 2, at page 395).

11. Un message envoyé par courrier électronique le 23 novembre 1995 par M. Charron à M^{me} Fournier (dossier, volume 2, à la page 394).

12. Une note de service écrite le 23 novembre 1995 par M. Charron en vue d'être versée au dossier et d'être envoyée au directeur (dossier, volume 2, à la page 395.)

37 The leading authority on this issue is *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105. Mr. Justice Dickson [as he then was] outlined six propositions; three of these reflected above. The final three propositions are pertinent to disclosure (at pages 1113-1116):

4. The tribunal must listen fairly to both sides, giving the parties to the controversy a fair opportunity "for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their views"

5. It is a cardinal principle of our law that, unless expressly or by necessary implication, empowered to act *ex parte*, an appellante [*sic*] authority must not hold private interviews with witnesses . . . or, *a fortiori*, hear evidence in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny. Such a party must, in the words of Lord Denning in *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, ([1962] A.C. 322, at p. 337), ". . . know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made effecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them Whoever is adjudicate must not hear evidence or receive representations from one side behind the back of the other."

. . .

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, *supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

In *Kane*, Mr. Justice Dickson made a strong statement regarding disclosure. Disclosure goes to procedural fairness, in that without full disclosure the

La décision de principe sur la question est l'arrêt 37 *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105. Le juge Dickson [tel était alors son titre] y expose six propositions, dont trois ont déjà été énoncées. Les trois dernières propositions s'appliquent à la divulgation (aux pages 1113 à 1116):

4. Le tribunal doit entendre équitablement les deux parties au litige afin de leur donner la possibilité [TRADUCTION] «de rectifier ou de contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leurs points de vue» . . .

5. C'est un principe fondamental de notre droit qu'à moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins . . . ou, *a fortiori*, entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen. Cette partie doit, selon lord Denning dans *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, ([1962] A.C. 322, à la page 337) [TRADUCTION] «. . . connaître la preuve réunie contre [elle]. [Cette dernière] doit être informé[e] des témoignages et des déclarations qui l'intéressent et avoir la possibilité de les rectifier ou de les contredire . . . quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre».

. . .

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, précité, à la page 337. En l'espèce, la Cour ne peut conclure qu'aucune préjudice n'était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l'ajournement pour le dîner . . . Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

Dans l'arrêt *Kane*, le juge Dickson a affirmé dans les termes les plus nets que la divulgation est une question d'équité procédurale, en ce sens que, faute

applicant may be unable to present her case effectively. Dickson J. also noted that the actual content of the evidence is not relevant. The crucial fact in that case was that the content of the representations made by the university president to the board of governors was not known. The reviewing court could not make any assessment of prejudice. This view of disclosure has been upheld on numerous occasions by various courts (the Federal Court of Appeal in *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1988] 3 F.C. 494; *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; the Alberta Court of Appeal in *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.)* (1985), 66 A.R. 13.

de divulgation complète, la partie requérante risque de ne pas être en mesure de défendre sa cause efficacement. Le juge Dickson a également fait remarquer que le contenu effectif de la preuve n'est pas pertinent. Le fait crucial dans cette affaire était qu'on ne connaissait pas le contenu des déclarations faites par le président de l'université au conseil d'administration, ce qui a empêché la juridiction d'appel d'évaluer le préjudice. Cette conception de la divulgation a été confirmée à de nombreuses reprises par divers tribunaux (notamment par la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494 et *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 et par la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.)* (1985), 66 A.R. 13.

38 Whenever there was a breach of natural justice or procedural fairness, predicated, of course, by the degree of procedural fairness the process is afforded, the matter must be sent back to the tribunal for re-determination. This authority flows from *Cardinal, supra*, where Mr. Justice Le Dain stated, at page 661:

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have.

L'affaire doit être renvoyée au tribunal administratif pour qu'il rende une nouvelle décision chaque fois qu'il y a eu un manquement aux règles de justice naturelle ou à l'équité procédurale selon, évidemment, le degré d'équité procédurale propre à la procédure en cause. Ce principe découle de l'arrêt *Cardinal*, précité, dans lequel le juge Le Dain a déclaré, à la page 661:

... j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit.

39 This principle has recently been somewhat tempered by the 1994 Supreme Court decision in *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202. Mr. Justice Iacobucci quoted Professor Wade [*Administrative Law*, 6th ed.], at page 228:

A distinction might perhaps be made according to the nature of the decision. In the case of a tribunal which must decide according to law, it may be justifiable to disregard a breach of natural justice where the demerits of the claim are such that it would in any case be hopeless.

Ce principe a récemment été quelque peu atténué dans l'arrêt rendu en 1994 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202. Dans cet arrêt le juge Iacobucci cite le professeur Wade [*Administrative Law*, 6^e éd.], à la page 228:

[TRADUCTION] On pourrait peut-être faire une distinction fondée sur la nature de la décision. Dans le cas d'un tribunal qui doit trancher selon le droit, il peut être justifiable d'ignorer un manquement à la justice naturelle lorsque le fondement de la demande est à ce point faible que la cause est de toute façon sans espoir.

Mr. Justice Iacobucci went on to state that the *Mobil* case was “exceptional, since ordinarily the apparent futility of a remedy will not bar its recognition” (at page 228). Clearly, the exception should be construed very narrowly.

Le juge Iacobucci a poursuivi en déclarant que l’affaire *Mobil* était «exceptionnelle puisque, habituellement, la futilité apparente d’un redressement ne constituera pas une fin de non-recevoir» (à la page 228). De toute évidence, l’exception doit être interprétée de façon très restrictive.

40 The limits to this distinction have not yet been established (*Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.)). In *Yassine*, the issue was whether the Convention Refugee Determination Division breached the rules of natural justice by receiving information after the hearing had ended and relying on that information. While the case was decided on another ground, Mr. Justice Stone noted *Mobil* and stated, at page 140:

While recognizing that natural justice or procedural fairness has been denied, the Supreme Court gave effect to Professor Wade’s distinction by withholding a remedy because the outcome was “inevitable”, in that the decision-maker “would be bound in law to reject the application” of the appellant therein.

The case at bar may fit into this exception only if the outcome is otherwise “hopeless” or “inevitable”. Thus the question at hand becomes even narrower: could the applicant have made meaningful submissions had these documents been disclosed? The question does not purport to determine whether the submissions would have ultimately affected the outcome of the case. Rather, would they challenge an inevitable outcome?

Les limites de cette distinction n’ont pas encore été établies (*Yassine c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (C.A.F.)). Dans l’affaire *Yassine*, la question en litige était celle de savoir si la section du statut de réfugié avait enfreint les règles de justice naturelle en recevant des éléments d’information après la clôture de l’audience et en se fondant sur ces éléments. Bien que l’affaire ait été tranchée sur un autre moyen, le juge Stone a cité l’arrêt *Mobil* et a déclaré, à la page 140:

Tout en reconnaissant qu’il y avait eu manquement à la justice naturelle ou à l’équité sur le plan de la procédure, la Cour suprême a donné effet à la distinction du professeur Wade en refusant d’accorder une réparation, parce que l’affaire soulevait une question pour laquelle il existait une réponse «inéluçtable», étant donné que l’instance décisionnelle «serait juridiquement tenue de rejeter [la] demande» de l’appelante dans cette cause.

La présente affaire ne peut tomber sous le coup de cette exception que si son issue est par ailleurs «sans espoir» ou «inéluçtable». La question qui se pose en l’espèce devient donc encore plus étroite: la requérante aurait-elle pu présenter des observations sérieuses si les documents en question avaient été divulgués? Il ne s’agit pas de savoir si les observations auraient pu avoir une incidence sur l’issue de l’affaire, mais bien de savoir si elles auraient permis de contester une issue inéluçtable.

41 Why should this exception even be explored? The record shows that, at the very least, the applicant is a poor, if not incompetent, record keeper. The Act and Regulations, the intent of which is to safeguard Canadian society from the ravages of illicit drugs, rely on record keeping. Her profession is subject to Parliament’s direction in so far as the tracking of narcotics is concerned. Credibility was raised at the hearing, and while it is not central to the disposition of the case, the Court cannot help but notice and

Pourquoi devrait-on même examiner cette exception? Il ressort du dossier que le moins qu’on puisse dire, c’est que la requérante est une comptable médiocre, voire incompétente. La Loi et le Règlement, qui visent à protéger la société canadienne contre les ravages de la drogue, reposent sur la tenue de livres. La profession de la requérante est assujettie au pouvoir discrétionnaire du législateur fédéral en ce qui concerne le repérage des stupéfiants. Des questions de crédibilité ont été soulevées à l’audience, et bien

40

41

question it. The administrative scheme itself does not exact a high order of procedural fairness: it is a discretionary decision of the Minister, and the Act or Regulations do not provide an elaborate mechanism to safeguard the impugned rights.

que cet aspect ne soit pas déterminant en ce qui concerne l'issue de la présente affaire, la Cour ne peut s'empêcher de prendre acte de ces doutes et de s'interroger sur la crédibilité. Le régime administratif lui-même n'exige pas un degré élevé d'équité procédurale: il confère simplement un pouvoir discrétionnaire au ministre, et la Loi et le Règlement ne prévoient pas un mécanisme complexe en ce qui concerne la protection des droits attaqués.

42 There is a basically simple linear arithmetic progression: what quantity of narcotic drugs has been received by the pharmacist? what quantity has been dispensed? how much remains? If not enough remains, the pharmacist is professionally responsible for the shortfall, whether it be insignificant or significant. The applicant was given numerous opportunities for submissions. The applicant had the Community Pharmacy Inspection Report and knew other documents existed. She had, after all, worked at Meditrust as the head pharmacist. Further, she did request disclosure of specific documents, in particular those concerning the Seaway incident. This said, the Court must keep in mind the purpose of the exception: is the final result inevitable?

Nous sommes en présence d'une progression arithmétique linéaire fort simple: quelle quantité de stupéfiants la pharmacienne a-t-elle reçue? Quelle quantité a-t-elle délivrée? Combien en reste-t-il? S'il en reste suffisamment, la pharmacienne est professionnellement responsable du manque, que celui-ci soit négligeable ou important. La requérante s'est vue accorder de nombreuses occasions de faire valoir son point de vue. Elle avait en main le rapport d'inspection de la Community Pharmacy et elle savait qu'il existait d'autres documents. Elle avait, après tout, travaillé à la Meditrust en tant que pharmacienne en chef. Qui plus est, elle avait demandé qu'on lui communique certains documents, en particulier ceux concernant l'incident de la Seaway Pharmacy. Ceci étant dit, la Cour ne doit pas oublier l'objet de l'exception: le résultat final est-il inéluctable? 42

43 The documents noted above which were disclosed in accordance with the June 18, 1996 order are of no help to Ms. Elguindi. Even if she could have made submissions, it would not have changed the outcome: the decision was about missing narcotic drugs during her tenure as head pharmacist at Meditrust. The only relevant documents about which she may have made meaningful submissions are the documents which underlie the Community Pharmacy Inspection Report, as that report triggered the entire process. As the limits of the *Mobil* exception regarding the "inevitable" outcome of a case have not been defined, this Court will invoke the criminal law standard, that beyond a reasonable doubt, in order to afford the applicant the best possible chance in view of the clear breach of procedural fairness by non-disclosure. Because there is a breach of procedural fairness, the respondent must prove beyond a rea-

Les documents susmentionnés qui ont été divulgués conformément à l'ordonnance du 18 juin 1996 ne sont d'aucune utilité pour M^{me} Elguindi. Même si elle avait pu présenter des observations, l'issue aurait été la même: la décision portait sur les stupéfiants qui avaient disparu alors qu'elle était pharmacienne en chef à la Meditrust. Les seuls documents pertinents au sujet desquels elle aurait pu présenter des observations sérieuses sont les documents qui sont à la base du rapport d'inspection de la Community Pharmacy, étant donné que c'est ce rapport qui a déclenché tout le processus. Comme les limites de l'exception énoncée dans l'arrêt *Mobil* au sujet de l'issue «inéluctable» de l'affaire n'ont pas été définies, la Cour applique en l'espèce la norme applicable en droit pénal, celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, afin d'accorder à la requérante les meilleures chances possibles, eu égard au manque-

sonable doubt that the denial of these documents to the applicant would have made no difference on the outcome: it would have been a futile effort in “inevitable” circumstances. The reason for this exercise is that it was not unreasonable for the Director to base his decision on the conclusion of the investigating body and in doing so found no evidence that there were any problems with Meditrust’s documentation, which was the basis for the investigator’s conclusions. It was through this documentation, though, that the applicant may have been able to challenge the results of the audit, if at all. The applicant unfortunately has not persuaded the Court that any of the listed documents could be utilized to impugn the clear count of missing narcotics.

ment évident à l’équité procédurale dont elle a été victime en l’espèce par suite de la non-divulgaration. Comme il a manqué à l’équité procédurale, l’intimé doit démontrer hors de tout doute raisonnable que son refus de communiquer les documents en question à la requérante n’a eu aucune incidence sur l’issue de l’affaire et que leur communication aurait été une démarche inutile dans des circonstances «inéluctables». La raison de la présente analyse est qu’il n’était pas déraisonnable de la part du directeur de fonder sa décision sur la conclusion de l’organisme d’enquête et que, ce faisant, il n’a constaté l’existence d’aucun élément de preuve permettant de conclure qu’il y avait un problème en ce qui concerne les documents de la Meditrust sur lesquels les enquêteurs avaient fondé leurs conclusions. C’est toutefois par le biais de ces documents que la requérante aurait pu contester les résultats de la vérification, si tant est qu’elle aurait pu le faire. La requérante n’a malheureusement pas convaincu la Cour que les documents énumérés pouvaient être utilisés pour contester le relevé non équivoque des stupéfiants manquants.

44 During oral submissions, counsel for the applicant attacked the accounting of a particular drug, Fiorinal c1/2. Review of the documents and oral submissions indicate that there was an error with the inventory figures of Fiorinal c1/2. This was admitted by the respondent’s counsel: “I am willing to acknowledge that there is an obvious error in the inventory with respect to Fiorinal c1/2. I am willing to acknowledge that” (transcript, at page 233). It is clear that a reasonable doubt concerning the inventory figures is raised, at least in so far as the applicant would be able to make meaningful submissions which could contradict the findings of the audit in regard to Fiorinal c1/2. The cross-examination of Mr. Wolfson revealed on numerous occasions that there were problems with the Meditrust documentation. This was revealed by comparing the usage report and by manual verification, i.e., comparison of hard copies of prescriptions against the computer generated records (transcript, at pages 221-223).

44 Au cours de son plaidoyer, l’avocat de la requérante a contesté le dénombrement d’un stupéfiant particulier, le Fiorinal c1/2. Il ressort de l’examen des documents et des plaidoyers que l’inventaire du Fiorinal c1/2 comporte une erreur, ce que l’avocat de l’intimé a admis en disant: [TRADUCTION] «Je suis prêt à reconnaître qu’il y a une erreur manifeste dans l’inventaire en ce qui concerne le Fiorinal c1/2. Je suis prêt à l’admettre» (transcription, à la page 233). Il est évident qu’un doute raisonnable est soulevé au sujet des chiffres contenus dans l’inventaire, du moins dans la mesure où la requérante pourrait présenter des observations sérieuses qui pourraient contredire les conclusions tirées par les vérificateurs au sujet du Fiorinal c1/2. Le contre-interrogatoire de M. Wolfson a révélé à de nombreuses reprises qu’il y avait des problèmes en ce qui concerne les documents de la Meditrust. Ces problèmes ont été révélés par la comparaison du rapport d’utilisation et des vérifications manuelles, c’est-à-dire par la comparaison entre les copies papier des ordonnances et les dossiers informatisés (transcription, aux pages 221 à 223).

45 The axiom “one rotten apple spoils the bunch” hardly shows the result of the Fiorinal audit. The record and submissions show no reasonable doubt that the applicant would not have been able to challenge the audit successfully. In the case of a breach of procedural fairness, which impacts significantly on Ms. Elguindi’s professional career, the Court cannot be too cautious. On the other hand from the vantage of public health and safety, significant quantities of narcotics were noted above, to have escaped into the public at large, or otherwise “evaporated”, while in the applicant’s professional custody. She appears to have been professionally unreliable, thereby justifying the Director’s decision to notify the College that Ms. Elguindi is prohibited from dispensing narcotic drugs. When the audit is put to scrutiny, it is not shown that the entire audit was redolent with flaws. At the very least, the applicant can challenge the basis of the accounting only in the light of the only admitted flaw noted above. It is not the rôle of this Court to speculate that the whole audit was tainted with inaccuracy.

46 The allegations by Ms. Elguindi’s counsel regarding the basis for the figures are simply not borne out by the record. During the hearing counsel did show an error with the audit of Fiorinal c1/2, as noted above. None of the other drugs was challenged. One example is Percocet. Mr. Wolfson was cross-examined on how he was able to find that 200 Percocet tablets went missing during the applicant’s period of responsibility. When asked about how he was able to determine this, he answered (AAR, Volume 3, at pages 586-587):

A. All right. In the period, what we did is we . . . we assume an inventory of zero on 23/3/94. 23rd of March 94, we assume—because we had—we did not have—were privy or access to any stock inventory. And therefore, the only two purchases of the Percocet in that period, during the period—in that period that we were examining as mentioned, was one on the 19th of October ’94. 10th of

L’adage «il suffit d’une pomme pourrie pour gâter tout le panier» ne s’applique guère aux résultats de la vérification faite au sujet du Fiorinal. Le dossier et les observations ne permettent raisonnablement pas de penser que la requérante aurait réussi à contester avec succès la vérification. Dans le cas d’un manquement à l’équité procédurale qui risque d’avoir d’importantes répercussions sur la carrière professionnelle de M^{me} Elguindi, la Cour ne peut faire preuve de trop de prudence. En revanche, si l’on se place du point de vue de la santé et de la sécurité publiques, il convient de rappeler que d’importantes quantités de stupéfiants se sont échappées et ont été distribuées au grand public ou se sont autrement «volatilisées» alors qu’elles se trouvaient sous la garde professionnelle de la requérante. Il semble que la requérante n’était pas fiable sur la plan professionnel, ce qui justifiait le directeur d’aviser l’Ordre qu’il était interdit à M^{me} Elguindi de délivrer des stupéfiants. Lorsqu’on l’examine attentivement, on ne peut conclure que la vérification est entièrement viciée. À tout le moins, la requérante ne peut contester la méthode de calcul que sur le fondement de la seule erreur reconnue susmentionnée. Il n’appartient pas à la Cour de se demander si toute la vérification était entachée d’inexactitude.

Le dossier ne justifie tout simplement pas les allégations formulées par l’avocat de M^{me} Elguindi au sujet de la méthode de calcul. À l’audience, l’avocat a effectivement mis le doigt sur l’erreur déjà relatée en ce qui concerne le Fiorinal c1/2. Les chiffres relevés au sujet des autres médicaments ne sont pas contestés. Prenons l’exemple du Percocet. M. Wolfson a été contre-interrogé au sujet de la façon dont il avait réussi à découvrir qu’il manquait 200 comprimés de Percocet pendant la période durant laquelle la requérante en était responsable. Interrogé au sujet de la façon dont il avait fait cette découverte, il a répondu (dossier, volume 3, aux pages 586 et 587):

[TRADUCTION] R. Très bien. Durant cette période, ce que nous avons fait, c’est que nous . . . Nous sommes partis du principe que l’inventaire était égal à zéro au 23 mars 1994, parce que nous n’avions accès à aucun inventaire. En conséquence, les deux seuls achats de Percocet qui ont été faits au cours de cette période, la période sur laquelle, comme je l’ai mentionné, notre examen portait, étaient le

October '94, 100 tablets and the 28th of September, 1994 and I may say that 28/9/94 was one of the missing entries, which we verified at Medis and that come to 200. You can look at that in here. Okay.

Q. I see it then you're utilizing two purchases of 200 Percocets?

A. Yes. And those were purchased in that period, so what we did was we—we held the period of responsibility. In that period that 200 were purchased. Now knowing the initial inventory and therefore 200 were missing.

Q. I take it then that there were no sales of Percocets noted on the Meditrust documentation during that period of time?

A. Let me see here. No, I—there—there would not appear to be any sales. So that would be the 200 received and no sales. 200 missing and no initial inventory.

And further, at page 587:

A. We have no idea what the inventory [*sic*]. We assume it was zero. There may have been more. There may have been tablets on hand, but we had no inventory, so we assume that there is zero. We start with zero and we hold the pharmacist accountable for the purchases in that period. We would not know what the inventory was.

No recorded sales of Percocet were made during the period of the applicant's responsibility, so there was no problem with placebo record keeping similar to the Fiorinal c1/2 narcotics—even if that admitted error was as glaring as the applicant's counsel contended it was. The Percocet count alone offers incontrovertible proof that “properly protected” narcotics went missing. This was a simple exercise in addition; not even complicated by the necessity of subtraction. At the end of the day 200 Percocet were missing, and presumably at risk to the public. This loss appears to be proved. Alas for the applicant, it justifies the Director's decision.

19 octobre 1994, le 10 octobre 1994, pour 100 comprimés, et le 28 septembre 1994. Et je peux dire que la date du 28 septembre 1994 ne figurait nulle part. Après vérification auprès de la Medis, on en arrive à 200 comprimés. Vous pouvez voir ces chiffres ici. Voilà.

Q. Vous parlez donc de deux achats de 200 comprimés de Percocet?

R. Oui. Et ils ont été achetés au cours de cette période. Donc, ce que nous avons fait, c'est que nous avons considéré la période de responsabilité. Durant cette période, 200 comprimés ont été achetés. Comme nous connaissons maintenant l'inventaire initial, il manque 200 comprimés.

Q. Si j'ai bien compris, aucune vente de Percocet n'a été consignée dans les registres de la Meditrust au cours de cette période?

R. Voyons voir. Non, je—voilà, aucune vente n'y figure. On aurait donc reçu 200 comprimés et on n'en aurait vendu aucun. Il manque 200 comprimés et il n'y a aucun inventaire initial.

Et plus loin, à la page 587:

[TRANSDUCTION] R. Nous ignorons tout de l'inventaire. Nous avons présumé qu'il était égal à zéro. Les chiffres étaient peut-être plus élevés. Il y avait peut-être des comprimés en stock, mais nous n'avions aucun inventaire, de sorte que nous avons supposé qu'il était à zéro. Nous avons commencé avec le chiffre zéro et nous avons tenu la pharmacienne responsable des achats effectués au cours de cette période. Il nous était impossible de savoir ce qu'était l'inventaire.

Selon les registres, aucune vente de Percocet n'a été effectuée au cours de la période de responsabilité de la requérante, de sorte que le fait que le registre des placebos est identique à celui des stupéfiants Fiorinal c1/2 ne créait aucun problème, même si cette erreur reconnue était aussi évidente que l'affirme l'avocat de la requérante. Le dénombrement des comprimés de Percocet offre à lui seul une preuve incontestable que des stupéfiants «bien protégés» manquaient. Il suffisait de faire une simple addition, sans même avoir à soustraire quoi que ce soit. À la fin de la journée, il manquait 200 comprimés de Percocet, ce qui présentait vraisemblablement un danger pour le public. Il semble que cette perte ait été prouvée. Hélas pour la requérante, cette disparition justifiait la décision du directeur.

pages 713-811, Mr. Wolfson described the audit methods of himself and his colleague Mr. Leung: pages 469-475, 487-492, 493-519, 521-545 and 634-642. He complained of budget constraints and lack of resources causing delayed response on the Bureau's part: pages 539-540 and 542-543. Mr. Wolfson detailed the activities which he and Mr. Leung carried out on the Meditrust premises on March 7, 8 and 9, 1995: AAR, Volume 3, pages 546-602 and 604-638, and AAR, Volume 4, page 727 *et seq.* Mr. Wolfson testified about auditing 12 narcotic medications and finding shortages in 8 of them. Since that cross-examination, the respondent's counsel has dropped the allegations about Fiorinal c1/2, (placebos, at page 611), leaving shortages alleged in 7 narcotic medications, and not displaced by or on behalf of the applicant. Perused is the Community Pharmacy Inspection Report noted shortages discussed as reported in AAR, Volume 3, page 552. Percocet shortages were alleged as above and discussion is reported in AAR, Volume 3, pages 556-561, 583-587 and 591-602. As well there is the matter specifically of invoice 321628 signed by the applicant, whose discussion is reported in AAR, Volume 3, pages 639-641. Mr. Wolfson's testimony was not effectively countered.

aux pages 450 à 646 du volume 3 et aux pages 713 à 811 du volume 4, M. Wolfson a expliqué les méthodes de vérification qu'il avait employées. Son collègue M. Leung, fait de même aux pages 469 à 475, 487 à 492, 493 à 519, 521 à 545 et 634 à 642. Il explique le temps que le Bureau a mis à répondre par des restrictions budgétaires et par une pénurie de ressources (aux pages 539 et 540 et 542 et 543). M. Wolfson détaille les activités que lui et M. Leung ont exercées dans les locaux de la Meditrust les 7, 8 et 9 mars 1995 (dossier, volume 3, aux pages 546 à 602 et 604 à 638 et dossier, volume 4, aux pages 727 et suiv.). M. Wolfson a témoigné au sujet de la vérification de douze stupéfiants et de sa découverte de manques dans le cas de huit d'entre eux. Depuis ce contre-interrogatoire, l'avocat de l'intimé a retiré ses accusations au sujet du Fiorinal c1/2 (placebos, à la page 611), ce qui nous laisse avec des manques dans le cas de sept stupéfiants, manques que la requérante ou son représentant n'ont pas réfutés. Il a également été fait état des manques dans le rapport d'inspection de la Community Pharmacy (dossier, volume 3, à la page 552). L'intimé a mentionné les manques de Percocet conformément aux allégations déjà relatées et le débat sur cette question est cité au dossier, au volume 3, pages 556 à 561, 583 à 587 et 591 à 602. Il y a également la question plus particulière de la facture 321628 signée par la requérante. Le débat sur cette question se trouve au dossier, volume 3, pages 639 à 641. Le témoignage de M. Wolfson n'a pas été réfuté efficacement.

48 As mentioned above it is a serious matter, where hundreds of narcotic medications slip through a pharmacist's fingers and presumably do not go down into the sewer, but get out into the public. It is a danger to public health, and, given the applicant's unaccountable losses for which she was, and remains, responsible, justifies the Director's decision.

Ainsi qu'il a déjà été mentionné, la présente affaire est grave: des centaines de stupéfiants ont glissé entre les doigts d'une pharmacienne et ne se sont probablement pas retrouvés dans les égouts, mais bien entre les mains du public. Cette situation représente un danger pour la santé publique et, compte tenu des disparitions inexplicables dont la requérante était et demeure responsable, la décision du directeur était justifiée.

49 The application is dismissed.

La demande est rejetée.

49

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.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Immigration Appeal Division Member R. Channan dismissing appeal from deportation order—Applicant requesting written reasons for decision by telephone transmission of facsimile and regular mail within prescribed time limit—Registrar replying Member Channan medically incapacitated, no reasons could be issued—Respondent submitting no evidence cover letter attached to applicant's faxed request for reasons as required by Immigration Appeal Division Rules, R. 35(1)—Therefore faxed request not considered received within prescribed time limit—Application allowed—No requirement for service of request for reasons—Immigration Act, s. 69.4(5) providing only that Appeal Division shall forthwith give written reasons for disposition of any appeal made pursuant to ss. 70, 71 where either party so requesting within 10 days after notification of disposition of appeal—No requirement for formal service of request—Requirement only that request be made within 10 days after notification of disposition of appeal—Applicant notified of disposition on September 12—Request for written reasons sent by facsimile transmission September 19, well within prescribed ten-day limit—Application of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Pinnock*, IMM-3139-95, Gibson J., judgment dated 6/11/96, not yet reported: Appeal Division must give reasons for decisions in order for meaningful right of review to exist, as required by natural justice—Special circumstances for awarding costs not established—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.4(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 63)—Immigration Appeal Division Rules, SOR/93-46, R. 35(1)—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 22.

WHITTINGHAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2572-95, Cullen J., order dated 30/1/97, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Inadmissible Persons

Application for judicial review of visa officer's decision at Hong Kong denying immigrant visas to applicants—One of principal applicant's dependant (Samuel) found by officer to come within inadmissible class of persons described in Immigration Act, 1976, s. 19(1)(a)(ii) as having mild mental retardation with full scale I.Q. of 53 and social maturity of 10 years—Might reasonably be expected to cause excessive demands on social services in Canada—Respondent's expert witness acknowledging Samuel might, under appropriate circumstances, be capable of working in open Canadian labour market performing unskilled, repetitive tasks—Samuel had, for thirteen years preceding date of decision under review, worked on full-time basis in sheltered workshop in Hong Kong where engaged in assembly of toys involving repetitive, simple tasks—Reasonably open to medical officers to conclude Samuel, with support of parents, would turn to equivalent sheltered workshop environment in Canada if one available to him—Applicants proposing to settle in Ontario if visas granted to them—Respondent erred in law in concluding applicants could not be granted admission to Canada as admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services in Canada—Application allowed—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(a)(ii).

FONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-158-96, Gibson J., order dated 19/2/97, 8 pp.)

Application for judicial review of Minister's decision applicant constituted danger to Canadian public—Applicant arrived in Canada in 1974 as landed immigrant, never applied for Canadian citizenship—Married and divorced, one son—Attacked ex-wife on two occasions—Convicted of sexual assault with weapon, administration of drug for purpose of having sexual intercourse, and of sexual

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

assault—Determined dangerous person on basis of above crimes—Released on parole, on condition attend psychiatric counselling—Psychiatrist's report indicating assaults result of isolated disturbance in applicant's life: refusal to accept marriage over—Parole report indicating little, if any, risk of re-offence—Application allowed—Minister erred in determining applicant danger to public—Minister stated no reason for conclusion community in general would be placed at risk by applicant's continuing residence in Canada—Minister's decision based on report concluding, given similar situation (torpid marital breakdown situation with woman who had child by him), applicant would re-offend in similar manner—Does not seem Minister sufficiently turned mind to question of whether applicant constituted danger to "public"—Critical issue whether psychiatric and parole reports, not included in report before Minister, properly before Court—Although Court should not take into account evidence not before original decision-maker, documents crucial to question of whether applicant danger to public and evidence should have been enquired after—Therefore, applicant's case ought to be sent back to Minister for redetermination in light of, at minimum, evidence contained in those two documents—Minister also erred in interpretation of "danger" as Minister's comments refer to "abhorrent" nature of crimes, and not to danger posed—Minister ordered to rescind opinion rendered, and matter referred back to Minister for redetermination in light of evidence brought before Court, and which ought to have been before Minister in first place—*Mandamus* issued directing Minister not to execute deportation order against applicant.

PEREIRA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1395-96, Cullen J., order dated 24/2/97, 9 pp.)

Appeal from Trial Division's dismissal of application for judicial review of Minister's decision ((1996), 107 F.T.R. 214)—Immigration Act, s. 77 giving Canadian citizen who has sponsored application for landing right to appeal to Appeal Division, Immigration and Refugee Board refusal of sponsored application—Amended July 10, 1995 to eliminate right of appeal where applicant member of inadmissible class, and Minister of opinion person constituting danger to public in Canada—Peter Tsang entered Canada in 1977—Married Canadian citizen in 1978—Between 1978 and 1986 convicted of 10 criminal offences—Reported under s. 27 on ground of criminal inadmissibility, made subject of deportation order, removed to Hong Kong in 1991—In 1993 applied for permanent residence based on wife's sponsorship—Application refused, wife appealed—Appeal not heard prior to July 10, 1995—Hearing commenced July 25, continued August 10—Decision reserved—In September Minister by delegate issued opinion Peter Tsang constituting danger to public—Wife informed no right of appeal—On judicial review application, following question certified:

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

when sponsor appealing to Immigration Appeal Division prior to July 10, 1995 concerning inadmissible sponsor, and hearing before IAD commencing after July 10, 1995, does effect of Minister issuing "danger to the public" opinion extinguish sponsor's right of appeal pursuant to s. 77(3.01) of Act and s. 15(3) of Bill C-44, thereby terminating jurisdiction of IAD—Certified question answered affirmatively—Bill C-44, s. 15(3) providing s. 77(3.01) applies to appeal made on or before coming into force of that subsection and in respect of which hearing not commenced—No ambiguity in English version of provision—Even if English version ambiguous, French version clearly indicating for right of appeal to be preserved, hearing must be commenced before coming into force of provision—Principles of statutory construction requiring ambiguity in English text to be resolved so as to conform with non-ambiguous French text—No secondary principle of statutory construction coming into play—Nothing in Act restricting time-frame within which Minister may exercise power to reach opinion individual danger to public—Policy reasons support maintaining as much latitude in process as possible to provide maximum protection to Canadian public—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15), 69.4 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—An Act to Amend the Immigration and the Citizenship Act and the Consequential Amendments to the Customs Act, S.C. 1995, c. 15, s. 15(3).

TSANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-179-96, Marceau J.A., judgment dated 11/2/97, 8 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

T.D. Judge granted applicant leave to institute judicial review—Respondent tribunal, through its Acting Director General, failed to produce tribunal record as required by Federal Court Immigration Rules, 1993, R. 17 within time limit—Nothing in Immigration Act or Federal Court Immigration Rules allowing extension of time limit—Nothing therein prohibiting extension—Court cannot extend period of time *per se* as prescribed by statute—As case herein dealing with extension of time regarding order made in compliance with period prescribed by Immigration Act, extension of time, by means of further order not contemplated by statute's procedural code, impermissible—Tribunal, in such disobedient failure, neglect or refusal perpetrated injustice upon applicant by frustrating Court's powers, and should show cause why it ought not to be punished for contempt of court—Meanwhile, parties ought to attend before Court, as ordered by T.D. Judge, on February 26, 1997—Being overworked no excuse when supplementary staff and overtime efforts needed to comply with law—Either party may prosecute application for show cause order directed, under R. 355(3), to Acting Director

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

General who failed, neglected or refused to obey Court order herein—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355(3)—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 17—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(7) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53).

BERTOLD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-901-96, Muldoon J., order dated 10/2/97, 5 pp.)

JUDICIAL REVIEW*Federal Court Jurisdiction*

Question certified by F.C.T.D., arising out of respondent's application for judicial review of Refugee Division decision respondent not Convention refugee although fear of persecution in Cuba well-founded—Appellant contending Federal Court Act, s. 18.1(3)(b) did not invest Trial Division with jurisdiction to refer matter back to Refugee Division on basis it declare respondent to be Convention refugee—"Directions" Trial Division authorized to give under s. 18.1(3)(b) will vary with circumstances of particular case—Only issue to be resolved by Trial Division whether Refugee Division had erred in law in determining respondent not to be Convention refugee because of her former habitual residence in Ukraine—No issue with respect to findings of fact unresolved—Simpson J. exercised discretion within limits of s. 18.1(3)(b) by leaving final determination to Refugee Division on basis that, with error of law corrected, it declare respondent to be Convention refugee—Certified question answered in affirmative—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

TURANSKAYA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-713-95, Stone J.A., judgment dated 4/3/97, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Permanent Residents*

Judicial review of decision applicant not member of Post Determination Refugee Claimants in Canada Class (PDRCC)—Applicant, citizen of El Salvador, determined not to be Convention refugee in 1993—Claimed feared persecution in El Salvador, from former members of FMLN, once revolutionary force but now political party promoting democracy, and from Army, to which believed name as former FMLN member would have been communicated—Post Claim Determination Officer (PCDO) relying on articles, published information on general country conditions not disclosed or identified to applicant in advance of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

decision, including some documents published after applicant making submissions—Also relying on materials provided to PCDO's in draft manual and training materials including reference to methodology or guidelines for assessing risk, neither seen by applicant's counsel nor part of record, although opportunity provided for further written submissions following hearing—Application dismissed—Where documentary evidence of country conditions considered in PDRCC assessment publicly available, no obligation to inform applicant, in advance of decision, of specific documents concerning country conditions considered: *Quintanilla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 105 F.T.R. 315 (F.C.T.D.)—Materials consulted by PCDO available to public—Where applicant aware of general process of relying on published documentary sources of information on country conditions, as applicant deemed to have been, and where supplied some information of that sort with application, information referred to by PCDO not beyond ambit of publicly available information reasonable applicant, advised by counsel, would anticipate PCDO would consider in reaching decision—No obligation on PCDO to indicate specific documents considering in advance of decision—No breach of duty of fairness in referring to publicly available documents without identifying specific documents before decision made—Other documents not available to applicant at time of submissions not significant for purposes of decision—Not introducing new information not available from other publicly available documents—Principle of disclosure of evidence against accused prior to trial not applicable in regard to documentary evidence of country conditions drawn from public documents in refugee or related claims—Fairness dictating evidence not readily available to public ought to be disclosed, but not requiring disclosure of specific documents in public domain and available to applicant upon which PCDO may rely for evidence of current country conditions—Duty of fairness not extending to disclosure of methodology for risk assessment, although such disclosure encouraged—Risk assessment not exact science, but reasonable assessment objectively done with reference to evidence available of serious risk to life or liberty of claimant—No refusal to disclose as disclosure not requested—Unfairness in application of process or methods by PCDO not made out—PCDO's consideration of risks for applicant if returned to El Salvador not limited to risk presented by "authorities" in country—While reports before PCDO supporting scene of uncontrolled violence inflicted on some former FMLN members, other reports supporting conclusions no evidence authorities target former FMLN sympathizers and scant evidence FMLN members seeking to settle old suspicions in violent manner, or that control strategic travel centres—Applicant's minor role within FMLN, lack of evidence name reported to authorities, lack of any claim authorities or FMLN sympathizers tried to do anything to him before left or had harassed family since then, supporting conclusion

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

applicant could return to El Salvador and not be at risk—PCDO's failure to refer to one aspect of applicant's expressed fears neither warranting intervention by Court nor indicating not considered—Question certified: whether immigration officer conducting review pursuant to PDRCC regulation violating principle of fairness, as enunciated by F.C.A. in *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.), when failing to disclose, in advance of determining matter, documents relied upon from public sources in relation to general country conditions—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/93-44, s. 1).

MANCIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-714-96, MacKay J., order dated 31/1/97, 15 pp.)

COPYRIGHT

Application for judicial review of Copyright Board decision it laked jurisdiction, when certifying statement of royalties pursuant to Copyright Act, s. 67.2, in case of royalties for which, pursuant to s. 3(1.4), two persons jointly and severally liable, to apportion amount of royalties between them—Application dismissed—Only power of Board under s. 67.2: to prescribe amount of royalties and terms and conditions related to royalties—Apportionment of sums payable as royalties between persons jointly and severally obliged to pay them not involving determination of royalty or of term or condition relating to royalty—Sums various participants in telecommunication of musical works to public may owe to each other not royalties even though payable as consequence of payment of royalties by one of them—Board therefore right in deciding it lacked jurisdiction to make apportionment—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1.4) (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2), 67.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4; c. 44, ss. 71, 79(3)(b)).

CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN. V. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (A-416-96, Pratte J.A., judgment dated 15/1/97, 3 pp.)

HEALTH AND WELFARE

Old age security—Application to review decision of review tribunal established under Old Age Security Act respondent qualified for Widowed Spouse's Allowance—Respondent's first husband died in 1970, respondent remarried in 1973, divorced in 1979, second husband died in 1990—Minister rejected respondent's application with respect to first husband on ground did not qualify under

HEALTH AND WELFARE—Concluded

definition of widow under Act (excluding person who has remarried) and with respect to second husband as second marriage ended in divorce, therefore not widow when second husband died—Review tribunal allowed appeal from Minister's decision on ground legislation under Old Age Security Act should be same as under Canada Pension Plan and saying legislation should be changed to recognize circumstances such as respondent's case—Judicial review permissible, and even required, in spite of privative clause in Old Age Security Act as review tribunal expressly disregarded law, thereby exceeding jurisdiction—Ecclesiastical annulment of second marriage not relevant for purposes of Widowed Spouse's Allowances under Old Age Security Act—Application allowed—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1), 28(2) (as am. *idem*)—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LANDRY (T-1622-95, Rothstein J., order dated 25/2/97, 6 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application to set aside Canadian Human Rights Review Tribunal decision allowing respondents' appeal from decision of CHRT dismissing respondents' complaint of discrimination—Complaint alleged Canadian Armed Forces refused to appoint respondent, by reason of marital status, as Commander of CFB Greenwood in Nova Scotia—Application allowed—Respondent then in process of divorce and intended to marry then common law wife—First Tribunal concluded respondent's marital status had not been factor in appointment—Review Tribunal concluded, on facts of case, First Tribunal erred in holding respondent not rejected on basis of marital status—Review Tribunal heard four additional witnesses, in effect conducting *de novo* hearing—Review Tribunal wrong in concluding First Tribunal had committed error by addressing wrong question (whether deliberate plan to cover up improper consideration of marital status on part of superior instead of whether reasonable inference from facts led one to conclusion respondent eliminated from process by reason of marital status)—First Tribunal did in fact consider question posed by Review Tribunal—More importantly, in effect, Review Tribunal has stated conclusion, in face of contradictory evidence and inconsistencies, without giving any substantial reasons for reaching particular conclusion and not another—Review Tribunal's decision set aside as disregarded any evidence which did not support its conclusion respondent had been discriminated against—As to remedy given by Review Tribunal: amending record to indicate respondent's promotion to rank of Colonel and financial compensation (retroactive payment of salary differential, pension benefit differential and all other benefits), leave and time spent to develop and prepare complaint—For calcula-

HUMAN RIGHTS—Concluded

tion of damages, claimant must establish, on balance of probabilities, lost either job or possibility of job—On basis of Review Tribunal's conclusions, onus met—"Expense" in Act, s. 53(2)(d) not broad enough to cover time spent in preparation except in exceptional circumstances—Matter returned to newly constituted Review Tribunal to determine issues on record as stood before Review Tribunal—Will be open to new Tribunal to allow parties to adduce evidence from witnesses not previously called upon to testify before First Tribunal or Review Tribunal—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 53(2)(d).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LAMBIE (T-2250-95, Nadon J., order dated 23/12/96, 20 pp.)

Appeal from trial judgment ([1996] 3 F.C. 182) setting aside CHRC's decision to send complaint to conciliation on ground investigator, voluntary member of PSAC, biased—Appeal allowed—Trial Judge correctly holding complaint within CHRC's jurisdiction to investigate, determine—Acts, omissions of GNWT within scope of CHRA—Existence of reasonable apprehension of bias must be determined on objective, rational, informed basis—Mere suspicion of bias insufficient—Must be some factual basis to sustain allegation—With respect to bias of tribunals, boards, continuum of degree of apprehension required, depending on nature of functions of tribunal, board—Continuum flowing from lenient "closed mind" standard with respect to administrative boards dealing with matters of policy or acting at investigatory stage, to strict "reasonable apprehension" test with respect to boards with adjudicative functions—Given purely administrative nature of any of actions Commission may take on receiving investigative report, such actions, even if called decisions, if other than one rejecting complaint, strictly preliminary, and not bearing on validity of complaint or affecting rights of parties—Appropriate standard herein more lenient "closed mind" test at opposite end of spectrum from strict "reasonable apprehension" test—*Reimer v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 105 Sask. R. 100 (C.A.) applied—Had trial judge applied right test before reaching conclusion, would have rejected allegation of bias—No evidence investigator predetermined issue or had closed mind—That voluntary member of Alliance, which advocates pay equity, not reason to suggest, by itself, to reasonable person, investigator would lack any objectivity in assessing whether pay equity in place within GNWT, or would go out of her way to form conclusion not.

NORTHWEST TERRITORIES v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (A-490-96, Marceau J.A., judgment dated 5/2/97, 4 pp.)

INCOME TAX

Appeal from TCC decision dismissing plaintiff's appeal from assessment made against it on March 9, 1982, relating

INCOME TAX—Continued

to source deductions not remitted to MNR—Plaintiff (C. & L.) acting as agent and mandatary for National Bank and Mercantile Bank pursuant to security—On October 27, 1981, Banks demanding that Canadian Admiral Corporation Ltd. (CAC) repay \$40 million owing to them and giving it one week to do so—On November 4, 1981, plaintiff taking control and possession of majority of CAC's assets, including accounts receivable, cash in hand and bank accounts, in amount determined to be \$1,522,573.45—Concerned banks giving plaintiff instructions to settle all prior wage claims by CAC's employees for period from October 26 to November 4, 1981, in consideration for each of employees signing assignment of wage claims in amount equal to amount paid—Payment to employees made by cheques bearing name of CAC and signature "Coopers & Lybrand, Agent-Banque Nationale du Canada"—Source deductions totalling \$163,404.56 not remitted to Receiver General of Canada either by plaintiff or by CAC—MNR issuing notice of assessment claiming balance of \$186,008.01 from plaintiff—Issue whether Minister authorized to claim balance relying on ss. 153 and 227(9) of Income Tax Act—Plaintiff was person who paid wages to each of CAC employees concerned—Expression "any person" applies to agent such as plaintiff acting on behalf of creditor banks of employer CAC—What was paid to CAC employees on November 4, 1981 was wages owing—Each employee given cheque in amount equal to net wages, that is, gross wages less authorized deductions, including amounts withheld for income tax—Plaintiff satisfying requirements for deducting or withholding amounts laid down in Act, s. 153(1)—None of documents entered in evidence referring to "net wages" and nothing to prevent plaintiff from assuming responsibility for payment of gross wages by deducting or withholding prescribed amounts so they could be remitted to Receiver General and paying balance, net wages, to employees—Oral and documentary evidence clearly establishing plaintiff had authority or instructions to pay employees' net wages directly to them—Plaintiff not succeeding in rebutting strong presumption resulting from T-4 Supplementaries it prepared itself—Plaintiff directly responsible under Act, s. 153(1) for failing to remit to Receiver General prescribed amounts deducted or withheld from employees' wages for period in question, also liable under Act, s. 227(9)—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104(1)), 227(9) (as am. *idem*, s. 123(1)).

COOPERS & LYBRAND LTD. v. CANADA (T-207-94, Pinard J., judgment dated 13/2/97, 15 pp.)

NON-RESIDENTS

Application for judicial review of decision by Director of International Tax Services Office refusing applicants' request for extension of time for filing income tax return for 1992 taxation year—In September 1988, applicant, Deukmedjian, non-resident, purchased 18-unit residential

INCOME TAX—Continued

apartment building in Westmount, Quebec—Applicant Kutlu appointed agent responsible for overall management of building, including filing of income tax returns—Building generated nothing but losses since acquired—Since 1989, agent had to complete form NR-6 in order to be taxed only on net rental income from building—Case involving two rather rigid deadlines to be met—First requiring filing of NR-6 form with Revenue Canada by commencement of fiscal year to which it relates—Second having to do with filing of income tax return itself, within six months of end of fiscal year—For 1989, 1990 and 1991 taxation years, Revenue Canada accepted tax returns filed beyond established deadlines and sent notices of assessment indicating no tax payable—1992 return subject of present proceedings—On February 10, 1994, Revenue Canada sent agent notice stating it planned to impose assessment of \$31,867.25, or 25% of gross rental income, against him personally—Agent wrote Department, deploring that between 1990 and February 9, 1993, no warning, oral or written, was conveyed to him concerning date of filing of returns—On February 1, 1995, Minister forwarded notice of assessment for 1992 taxation year—Applicants served Revenue Canada with notice of objection to assessment—Without holding oral hearing, respondent Michael Québec rendered disputed decision refusing to grant applicants extension of time for filing 1992 return—Where return not filed within time provided in Income Tax Act, s. 216(1), s. 216(4) requires agent to deduct 25% of gross rent that should have been collected by him and remit amount to Receiver General—Under Act, s. 220(3), Minister has discretion to accept return even if filed beyond time provided—In exercising discretion, necessary to keep within statutory mandate and consider all factors relevant to statutory decision-making function—Discretion established in s. 220(3) primarily to remedy injustices caused by non-resident owner income tax regime—Applicants made several inquiries of Minister's officers—Latter never indicated any problem with late filing of returns—Discretion to extend time limits in Act should not be limited to consideration of circumstances which precluded taxpayer from complying with deadlines—Director failed to analyze file in context of factors on which deemed to have wished to exercise discretion—Counsel for respondents unable to suggest any adverse effect her clients might suffer if extension granted—Application allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 216(1) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 178(1))—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3).

KUTLU v. M.N.R. (T-205-96, Joyal J., order dated 21/2/97, 13 pp.)

PRACTICE

Motion for extension of time within which to appeal order—Motion granted—Action and seven companion actions, appeals from assessment under former Income Tax

INCOME TAX—Concluded

Act—At issue, reopening of four statute-barred taxation years under Act—To reopen statute-barred years, Minister had onus of showing misrepresentation attributable to neglect, carelessness or willful default in filing of tax returns—Motion on point presented during trial, Trial Judge denying motion and subsequently produced reasons—Plaintiffs say reasons not only not responsive, but also wrong at law in requiring plaintiff must go first—Ruling not appealed immediately as rulings cannot form subject matter of appeals until judgment pronounced on matters put in issue by pleadings—In Appeal Books, material relating to procedural point and resulting reasons of Trial Judge missing as matter not considered evidentiary procedural point dealt with during trial, but rather interlocutory motion which had not been appealed—Counsel for plaintiff brought motion to F.C.A. to include missing material in Appeal Book—Motion dismissed on ground motion appealed without extension of time—Plaintiff arguing neither he nor his client ought to be prejudiced—Applicable principles found in *Noel & Lewis Holdings Ltd. v. Canada* (1986), 5 F.T.R. 166 (F.C.T.D.)—Plaintiffs always intended to appeal—Plaintiffs have reasonably arguable case—Finally, in all circumstances, in interests of justice, not only from point of view of plaintiffs but also to settle, in face of apparently conflicting case law in Court on reopening statute-barred taxation years, whether it flows from onus on Minister, that he who alleges fraud or misrepresentation must prove it, that Minister must proceed first at trial—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.

CAN-AM REALTY LTD. v. CANADA (T-3407-90, Hargrave P., order dated 13/12/96, 7 pp.)

SEIZURES

Seizure of goods, chattels, lands and shares pursuant to certificates registered by M.N.R. for tax debt of \$46,000—Motion to prevent seizure of goods and to have class "A" shares in own company returned in order to be able to get on with business, alleging debt adequately secured by reason of equity in seized home—Court must make certain of proper balance between creditor's right to payment and debtor's right not to be abused by excess of recovery procedures—On balance, actions of Crown, to secure debt against home and then find a more manageable asset against which to execute, fair and reasonable—Crown has not been hasty in its procedure, but has allowed time for taxpayer to make payment—Motion dismissed.

BUCK (RE) (ITA-5021-95, ITA-1325-96, Hargrave P., order dated 21/2/97, 5 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of Canada Labour Code, s. 242 Adjudicator's decision lacking jurisdiction to adjudi-

LABOUR RELATIONS—Concluded

cate on validity of applicant's unjust dismissal complaint because she was manager (station manager) within meaning of Code, s. 167(3) when dismissed—Applicant essentially arguing she could not be both at lower end of management chain and manager within meaning of Code, s. 167(3)—Nature of work actually performed, rather than employee's title or place in management chain, must be used to determine whether manager—Member of management whose primary responsibility in fact to manage, manager, within meaning of s. 167(3), whether at upper or lower end of management chain—Applicant had, *inter alia*, power to hire, discipline and dismiss employees, prepare operating budgets and change staff assignments—Responsible for respondent's operations at Dorval and had all managerial attributes required for that purpose—Had sufficient decision-making autonomy and discretion to be manager within meaning of s. 167(3)—Adjudicator did not act unreasonably or fail to have regard to material before him—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 167(3), 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16).

LEONTSINI V. BUSINESS EXPRESS INC. (T-1831-95, Noël J., order dated 10/1/97, 7 pp.)

MARITIME LAW**CARRIAGE OF GOODS**

Action to recover excessive freight charges paid by plaintiff to defendant for carriage of cargo by sea from Sorel, Quebec to Casablanca, Morocco—Transport of 1486 metric tons/2314 cubic metres of creosoted wood poles sold by Domtar to Office national de l'Énergie of Morocco—Price fixed at 85 DM per cubic meter—During loading, realization cargo occupied more space than anticipated—Defendant Unispeed demanded greater fee for completing contract, most of which plaintiff unable to recover from client, so now seeking to recover allegedly excessive freight charges on ground breach of agreement with defendant—Plaintiff alleging defendant SGS Supervision Services Inc., retained by plaintiff to measure space occupied by cargo, failed in duty to properly execute measuring mandate on behalf of plaintiff—Action allowed—Expert evidence adopted: when transporting bundles of poles, proper method to measure cubic metres and add approximately 30% for lost space between poles strapped in bundles—Only party offering price to carry goods can know stowage factor as only one knowing vessel to be chartered and dimensions thereof—Defendant Unispeed responsible for stowage plan—Should have known 40% of lost space in Hold 1 and 20% in Hold 2—Unispeed desperate for business and not sufficiently experienced to have undertaken carrying commitment in question—Defendant Unispeed wrongly assessed how much space wood poles would occupy—Error then compounded by fact had no idea which vessel would be used to carry cargo and therefore had no knowledge of

MARITIME LAW—Concluded

structure or dimensions of vessel—Defendant SGS failed in duty to provide correct measurements—Plaintiff required to overpay defendant for carriage of poles as result of both incompetence of Unispeed and SGS' negligence in preparing report—Defendants therefore held jointly and severally liable for damages suffered by plaintiff (\$130,674).

UNITED MARITIME BELGIUM N.V. (TRUSTEE OF) V. UNISPEED GROUP INC. (T-1452-92, Rouleau J., judgment dated 27/1/97, 19 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Patent infringement action—Order dismissing action as against Crown with costs payable forthwith by plaintiff after assessment—Item 5: Preparation and filing of two motions for plaintiff's affidavit of documents as fixed by order of Giles A.S.P.—Costs thereof already fixed by orders of A.S.P.—Taxation at hand separate process not to be confused for sake of convenience with adjudication of matters already decided by Court—Dealing with settling of accounts not already assessed—Two orders of Giles A.S.P. must be severed from within adjudicative process—Nor can Giles A.S.P.'s orders be included under Tariff Item 27 referring to "such other services as may be allowed by taxing officer or ordered by the Court"—Although "services" not yet defined in case law, not so broad in scope as to include awards of costs already assessed and ordered by Court—Item 5 thus taxed off in entirety—Item 27: Research and investigations in preparation for trial—Award warranted here as services had impact on how defendant Crown ultimately crafted its case—Number of units reduced as taxing officer's discretion extending only within parameters of range set for each Item and not going beyond that—As for disbursements, claim for photocopies insufficiently substantiated—Actual costs to law firm in making copies must be substantiated—Amount reduced following counsel's presentation of actual cost per photocopy, then multiplied by number of copies made—Claim for "Law Society levy for opening litigation file" new—Law Society Rule requiring firms acting for one or more parties to civil litigation case to pay Lawyers' Professional Indemnity Corporation civil litigation levy surcharge of \$25 (now \$50)—Charge mandatorily levied on all litigation files when opened and passed on to client of firm as disbursement—Possibly overhead expense not properly recoverable on party and party taxation—However, with some hesitation, item allowed in this case, in absence of adverse argument as, on its face, appears to be proper disbursement—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, Item 27 (as am. by SOR/95-282, s. 5).

ERA ELECTRONICS (CANADA) LTD. V. QUEBEC NORTH SHORE AND LABRADOR RAILWAY CO. (T-334-95, Reinhardt T.O., taxation dated 17/1/97, 7 pp.)

PRACTICE—Continued

Costs of action awarded to defendant Toronto-Dominion Bank—Preparation and filing of record, filed pursuant to R. 321.1 in reply to plaintiff's interlocutory injunction, and materials of respondents—Motion for injunction separate from main action—Hearing on interlocutory motion never took place since Judge adjourned it *sine die*—Decision's silence on costs means no costs awarded to any party—Whether defendant's motion to strike out statement of claim, granted on consent in hearing lasting one hour as costs contested, contested motion within meaning of Item 5 of Tariff B—Since issue of costs included in prayer for relief in motion to strike out pleadings and since entitlement to costs an issue to be decided by Court, motion was contested motion—3 units allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 321.1 (as am. by SOR/92-43, s. 4), Tariff B, Item 5 (as am. by SOR/95-282, s. 5).

GOYETTE V. LABRECQUE (T-412-96, Bonin T.O., taxation dated 16/1/97, 5 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Appeal by Attorney General from interim decision of prothonotary—Clerk of Privy Council filing certificate under Canada Evidence Act, s. 39 in judicial review proceedings instituted by applicant—By filing certificate, Clerk of Privy Council objecting to production of certain information contained in application for judicial review—Same day, after certificate filed, Tremblay-Lamer J. dismissed application for judicial review—Judge giving no particular directions concerning file—Counsel for Attorney General asking file be kept sealed on interim basis until main motion disposed of—Prothonotary denying request at hearing—Pursuant to decision, Registrar of Court removing "confidential" seal affixed to file—Prothonotary right to question seriousness of efforts made by Attorney General to have file sealed—Canada Evidence Act, s. 39 does not have effect Attorney General seeming to want to attribute to it—In instant case, information in question public knowledge since November and December 1995—S. 39 has no effect on information already disclosed—Does not authorize Court to order information already produced to it be subsequently taken out of public domain—Prothonotary concluding Attorney General's right to have file sealed seemed to him to be too uncertain to justify interim order—Having regard to applicable law, conclusion justified—Because certificate filed too late, had none of effects set out in s. 39—Appeal dismissed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

DELISLE V. CANADA (COMMANDING OFFICER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-2285-95, Noël J., order dated 24-2-97, 6 pp.)

PRACTICE—Continued**PARTIES***Standing*

Representative action—Native peoples—Motion to dismiss action, referring to Charter, ss. 7, 24(1), seeking implementation of Corrections and Conditional Release Act, s. 81 (permissive legislation allowing Solicitor General to enter into agreements with Aboriginal communities for transfer of offenders into care and custody of communities)—Minister has not yet put s. 81 into practice—Test whether plain and obvious action will not succeed—Standing: general rule unincorporated bodies not legal persons and therefore do not have capacity to sue or be sued—Amendment substituting, for Committee, individual members in own names could remedy this—Fact plaintiff not represented by counsel at this point not fatal—Uncertain whether unincorporated associations may invoke Charter, s. 24(1)—Representative action under R. 1711: parties must have same interest in action; grievance must be common; relief must be beneficial to all—Proceeding defective as Committee ought to have presented material to show it speaks for more than just five members—Court not convinced Committee has ability to fairly and adequately represent some 1,800 aboriginal offenders, particularly in view of fact Committee does not have proper legal assistance—Need for proper identification of persons for whom class or representative action taken and for their interests to be shown—Class herein sufficiently defined—However, interests and grievances of members of proposed class appear not same for all—Too many variables—Act, s. 81 not requiring Minister to place all Aboriginal offenders in communities—Circumstances of each offender must be considered by Minister—Some of class which plaintiff purports to represent may benefit but others will not—Proceeding therefore not suitable as class action—Motion to strike allowed—Legislation herein permissive, not creating duty—*Mandamus* does not lie in order to compel Minister to put policy in place—Action cannot succeed either as class action or as action by one or more of plaintiffs in own right—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 81 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 21).

NATIVE TRANSFER COMMITTEE AT MOUNTAIN INSTITUTION V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-1940-96, Hargrave P., order dated 6/1/97, 13 pp.)

PLEADINGS

Appeals from three interlocutory orders relating to statement of defence and counterclaim in action for infringement of patents relating to excimer laser devices used to reshape cornea by ablating cells on cornea surface—First order dismissing appeal from order striking out paragraphs of statement of defence—Second order dismissing appeal

PRACTICE—Continued

from refusal of leave to file third amended statement of defence, counterclaim alleging invalidity for lack of utility—Third order disallowing three paragraphs of third amended statement of defence, counterclaim—Appeals dismissed—Where, as here, appeal from discretionary order of Motions Judge in interlocutory matter, disposition most consistent with optimum use of judicial resources and optimum conservation of judicial time should focus not on merits of contentions before Motions Judge, but on question of whether Motions Judge exercised discretion judicially—On appeal, counsel should deal with merits only to extent required to demonstrate Motions Judge's discretion not exercised judicially—Appellants not demonstrating Motions Judge not exercising discretion judicially—Court will not interfere with discretion of Motions Judge in making interlocutory orders of this kind unless demonstrated to its satisfaction Motions Judge erred either in appreciation of pleadings or in law in making order, either by misapplying principle of law or by applying erroneous principle—If appellants not meeting this standard of review, Court cannot allow appeal even where, on merits of contentions, would have decided otherwise had it heard matter at first instance—In *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (F.C.A.) holding discretionary order should be overruled only if Motions Judge clearly wrong on facts, or proceeded on erroneous principle of law, or decision resulted in some injustice to appellant—Regardless of how standard of review expressed, appellants falling short—On appeal from second order, appellants filing affidavit to which exhibited technical articles in support of facts pleaded in new paragraphs alleging lack of utility, invalidity—Motions Judge affirming Senior Prothonotary's refusal to allow amendment on basis affidavit evidence provided insufficient—Pleadings should contain only material facts upon which parties rely—Where nature of amendments clear, no requirement to plead evidence by which facts to be proved—Amendment should not be allowed if would be capable of being struck out under R. 419 if already part of proposed pleadings—Court should not accept any evidence in support of application for leave to amend pleadings under R. 420, unless required to clarify nature of proposed amendments—Must assume facts pleaded in amendments true for purposes of considering whether or not to grant leave to amend—As nature of, reasons for amendments clear, affidavit evidence should not have been filed, Motions Judge erred in considering it—Even so, as Motions Judge expressly concluding even if facts pleaded in amendments true, amendments not revealing any reasonable defence, decision properly made in accordance with law—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 420.

NIDEK CO. LTD. v. VISX INC. (A-526-94, Isaac C.J., judgment dated 30/12/96, 9 pp.)

PRACTICE—Continued

STAY OF PROCEEDINGS

Action brought by plaintiff (Public Russian) against CHUM defendants and Russian Canadian—Statement of claim issued on February 12, 1996—Defence filed by Russian Canadian on March 11, 1996—CHUM defendants moved to strike out statement of claim or for particulars—Russian Canadian defendant moved for security for costs—Security for costs ordered in amount of \$1,700 for Russian Canadian be posted within 30 days, matters stayed until that time—Security ordered for Russian Canadian in amount of \$14,112 to be posted on or before December 8, 1996—CHUM defendants moving for dismissal on grounds particulars ordered not supplied—Russian Canadian filing motion for order action be dismissed for failure of Public Russian to post security for costs—Permanent stay of action ordered on November 25, 1996—Doubtful whether order made "*ex parte*" within meaning of R. 330—Order permanently staying final in effect—Rule drawing no distinction between interlocutory and final orders—Not available to rescind judgments—No judgment here—Stay should be lifted only when new facts before Court—Not appropriate to lift stay because facts now available, not available at time order made—R. 1733 not applicable to plaintiff—Motion to lift stay against CHUM defendants dismissed—Motion of Russian Canadian defendant dismissed—Plaintiff's motion for extension of time to post security for costs granted in part by providing plaintiff may, within 10 days of date of order, post final instalment of security for costs of defendant Russian Canadian, and shall also pay Russian Canadian's costs of motion and preceding extended motions on solicitor and client basis—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 330, 1733.

PUBLIC RUSSIAN TELEVISION O.R.T.V. v. CHUM LTD.
(T-338-96, Giles A.S.P., order dated 24/2/97, 7 pp.)

Application for interim order under Federal Court Act, s. 18.2 staying further proceedings by Canadian Human Rights Tribunal pending final disposition of Bell Canada's judicial review applications in Court Files Nos. T-1414-96, T-1985-96 and T-2722-96—Canadian Telephone Employees Association (CTEA) filing five pay equity complaints with Commission—Final report of Joint Committee finding substantial wage gap between male, female employees at Bell Canada—CHRC requesting president to name Tribunal to inquire into complaints brought by respondents against Bell Canada alleging violations of CHRA, s. 11 by paying wages which discriminated on basis of sex—President naming Tribunal to hear complaints against Bell Canada on August 7, 1996—Tribunal intending to proceed with complaints referred to it by Commission regardless of Bell Canada's judicial review application—Application for stay brought in each judicial review application—Whether stay of proceedings before Tribunal should be granted pending

PRACTICE—Concluded

final disposition of each of three judicial review applications commenced by Bell Canada—Role of Commission to deal with intake of complaints, to screen them for proper disposition—In dealing with complaints, Commission must assess probative value of evidence and decide to further investigate or not—Commission master of own procedure—Judicial review of allegedly deficient investigation, decision only warranted where investigation, decision clearly deficient—Tribunal entitled to make procedural rulings such as whether to adjourn proceedings without having decisions subject to judicial review—Issue of bias, impartiality also raised by applicant—In case of administrative, investigative function, standard not whether reasonable apprehension of bias on part of investigator, rather whether investigator maintained open mind, has not predetermined issue—Preliminary submission of Bell Canada rejected—Three-stage test set for granting interlocutory injunctions should be applied to applications for stays—Threshold to satisfy test of serious question low one—Application for judicial review in Court File No. T-1414-96 raising serious question to be tried—Allegation of apprehended bias on part of Tribunal made by Bell Canada in Court File No. T-2722-96 not raising serious question to be tried—Bell Canada's allegation of institutional bias not raising serious question either—Bell Canada allegedly required to expend considerable effort, undergo disruption of business as witnesses prepared, called to testify, and incur costs of litigation—No special circumstances permitting Court to treat costs or alleged disruptions as irreparable harm—Applicant not satisfying second stage of test—As to balance of convenience, Court must consider public interest in having complaints of discrimination dealt with expeditiously—Not in public interest to delay proceedings before Tribunal—Taking into account public interest, interest of complainants, no stay should be granted—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 11.

BELL CANADA V. COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA (T-1414-96, T-1985-96, T-2722-96, Richard J., order dated 21/2/97, 18 pp.)

PUBLIC SERVICE

Application for judicial review of Investigator's decision recommending public servant's deployment to position of Tax AU-02 be upheld—Investigator designated under PSEA, s. 34.4(2)—Employees having two-stage recourse process to deal with complaints related to deployment—Applicant, along with 21 others, complained to deputy head in accordance with Act, s. 34.3(1)—Judicial review of Investigator's report arising out of second level recourse proceedings—By virtue of designation under s. 34.4(2), Investigator could

PUBLIC SERVICE—Continued

have, either himself or through Commission, compelled production of information being sought on behalf of applicant—Investigator not making ruling on probative value, admissibility of information concerning outstanding deployment requests—Failure to do so reviewable error by denying natural justice to applicant—Abuse of authority in exercise of discretion possible without improper intention—Two forms of such abuse: acting on inadequate material or without considering relevant matters, and acting in discriminatory manner—These forms "abuse of authority" in exercise of discretion—Investigator not finding material to be irrelevant, inadmissible in relation to applicant's complaint—Recommendation made by him wrong in concluding deployment in question not constituting abuse of authority and failing to demonstrate he directed mind to all of alleged abuses of authority in issue before him—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 34.3 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 22), 34.4 (as enacted, *idem*).

TUCCI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-623-96, Gibson J., order dated 11/2/97, 8 pp.)

APPEALS

Application for judicial review of PSC Appeal Board decision allowing applicant's appeal, with respect to FI-04 competition, against appointment of candidate Wilson and determining "no further action will be taken" with respect to two other candidates—Applicant did not meet language requirement "bilingual non-imperative"—Earlier F.C.T.D. decision allowed application for judicial review, set aside Appeal Board's decision on basis latter allowed improper use of selection standard to qualify candidates to competition, when those candidates did not possess educational qualifications stated on competition poster and when reasons for decision did not otherwise address such qualifications, and referred matter to PSC for establishment of new Appeal Board and for rehearing and redetermination of applicant's appeal—Between time of Appeal Board's first decision and Board's hearing resulting in second decision, one candidate transferred to another position in Public Service and later retired—Board therefore concluded appeal from appointment of retired candidate moot but allowed appeal against candidate Wilson on basis appointment contravened merit principle—Board found Selection Board had appropriately concluded applicant did not meet language profile for positions—Application allowed with respect to determination appeal from retired candidate's appointment moot—Appeal Board erred in law on this point—New PSEA, s. 21(3) providing where Appeal Board determining defect in selection process, Commission may take such measures as considers necessary to remedy defect—Appeal Board, bound by F.C.T.D. finding in this regard, would have been obliged to find defect in selection process and to utilize Act, s. 21(3) to take such measures as necessary to remedy defect—

PUBLIC SERVICE—Continued

However, no error in Appeal Board's finding applicant unqualified for positions in competition by reason of language requirement issue—Also, Board did not err by taking into consideration evidence not properly before it: impugned statement did not form part of considerations leading to Appeal Board's decision and no reasonable person reading Appeal Board's decision as whole would conclude possibility or likelihood of prejudice against applicant—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-32, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

LO V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (T-32-96, Gibson J., order dated 21/2/97, 11 pp.)

LABOUR RELATIONS

Grievance with respect to abolition of position—Application for order prohibiting Adjudicator selected under Public Service Staff Relations Act (PSSRA) from hearing and adjudicating respondent's grievance on ground lacked jurisdiction—Respondent's position at Canadian Space Agency abolished—Grievance dismissed on ground decision made in conformity with PSEA, s. 29—Respondent deciding to refer grievance to adjudication under PSSRA, s. 92—Applicant arguing Adjudicator without jurisdiction to hear case as decision made under PSEA, which, according to PSSRA, s. 92(3), barred referral to adjudication—Adjudicator deciding to pursue hearing on basis had jurisdiction in so far as lay-off was subterfuge to terminate respondent's employment—To qualify for adjudication, respondent must, *inter alia*, prove termination of employment or demotion pursuant to Financial Administration Act (FAA)—Case at bar raising two questions: (1) whether respondent could alter grievance once before Adjudicator; and (2) whether Adjudicator could hear grievance when employer relying on abolition of position under PSEA, s. 29—Application dismissed—With regard to second question, Adjudicator right to find that in so far as lay-off was disguised disciplinary dismissal carried out in bad faith, had jurisdiction to hear and decide grievance—However, would be very difficult to prove—With regard to first question, grievance employee tried to present before Adjudicator not new grievance unrelated to original one—Respondent referred therein to damage to his reputation—Moreover, respondent presented second grievance at same time against disciplinary actions and abolition of his position, which gave employer sufficient notice of exact nature of grievance—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 19; 1995, c. 17, s. 8)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.

CANADA (TREASURY BOARD) V. RINALDI (T-761-96, Noël J., order dated 25/2/97, 11 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Motion to strike—Statement of claim alleging constructive dismissal—Plaintiff claiming severance pay, outstanding unpaid overtime, travel time, classification grievance, relocation expenses, and for mental stress deliberately inflicted—Tort claim for mental stress deliberately inflicted not plainly and obviously futile—PSEA, s. 24 providing tenure of office of employee during pleasure—In absence of special circumstances, remedies of dismissed public servant lie elsewhere, not in actions for wrongful dismissal: *Ricafort v. Canada (Treasury Board)* (1988), 24 F.T.R. 200 (F.C.T.D.)—Plaintiff's situation not special circumstance except to extent claim contractual—Grievance procedure under PSSRA not available to plaintiff as in managerial position—Plaintiff not claiming strictly for wrongful dismissal, but for contractual relief i.e. liquidated amount of severance pay—"Damages for wrongful dismissal" struck from prayer for relief—Claims for overtime, travel, outstanding grievance also liquidated claims appearing to be contractual in nature—Not plain and obvious will not succeed—Paragraph referring to relocation costs and related claim for relief struck out as not arising from contractual entitlement, but as incident of wrongful dismissal—Such loss, subject to contractual provision, hazard of employment at Crown's pleasure for which no common law remedy—Leave granted to amend to clarify only contractual severance pay sought—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 24—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

NYGREN V. CANADA (T-853-96, Hargrave P., order dated 17/1/97, 6 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Tax Court's decision confirming Minister's determination applicant's employment not insurable—Employer partnership composed of three brothers, sister—Applicant mother-in-law of one of partners, but hired by another—Tax Court holding by virtue of Partnership Act, s. 7, read in conjunction with Income Tax Act, ss. 252(2)(a), (6)(b) applicant, partnership not dealing at arm's length within meaning of Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c)(i)—Application dismissed—Under common law, Partnership Act, partnership not legal entity—Act performed by one member in course of business binding all partners—If applicant hired by partner not related to her, employment contract binding all members of partnership—Applicant employed by son-in-law, working for son-in-law—Partnership Act, R.S.B.C. 1979, c. 312, ss. 2, 5, 7—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 251(2)(a), (6)(b)—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 3).

SIDHU V. M.N.R. (A-770-95, Desjardins J.A., judgment dated 17/1/97, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

Applications for judicial review of two decisions of Umpire acting under Unemployment Insurance Act—Claims for benefit by two construction workers specializing in installing and repairing roofs denied on ground had not proved availability—Claimant's availability question of fact normally disposed of on basis of assessment of evidence, function within authority of Board of Referees—Availability determined by analyzing three factors: desire to return to labour market as soon as suitable job offered, expression of that desire through efforts to find suitable job, not setting personal conditions unduly limiting chances of returning to

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

labour market—On reading reasons for decision of Board of Referees and Umpire, only third factor really given weight, eclipsing other two—Allegation against claimants, when they formed own roofing business and tried to develop small business, they limited their employment opportunities—Finding claimants not available cannot be made on such narrow basis—Applications allowed.

FAUCHER V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-56-96, A-57-96, Marceau J.A., judgment dated 14/2/97, 4 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut 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.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant la décision du ministre selon laquelle l'emploi de la requérante n'était pas un emploi assurable—L'employeur est une société en nom collectif comprenant trois frères et une sœur—La requérante est la belle-mère de l'un des associés, mais elle a été engagée par un associé autre que son beau-fils—La Cour de l'impôt a conclu que, par effet conjoint de l'art. 7 du Partnership Act et des art. 251(2)a) et 251(6)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu, il existait entre la requérante et la société un lien de dépendance au sens de l'art. 3(2)c)(i) de la Loi sur l'assurance-chômage—Demande rejetée—En common law et aux termes du Partnership Act, une société en nom collectif n'est pas une entité juridique—L'acte commis par un associé dans le cadre des activités ordinaires de la société engage tous les associés—Si la requérante est engagée par un associé qui n'est pas son beau-fils, son contrat de travail liera néanmoins l'ensemble des associés—Par conséquent, la requérante a été engagée par son beau-fils et travaillait, effectivement, pour lui—Partnership Act, R.S.B.C. 1979, ch. 312, art. 2, 5, 7—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 251(2)a), (6)b)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 3).

SIDHU C. M.R.N. (A-770-95, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 17-1-97, 4 p.)

Demandes de contrôle judiciaire de deux décisions d'un juge-arbitre agissant en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—Il s'agit de deux ouvriers de la construction, spécialisés dans l'installation et la réparation de toitures, dont les demandes de prestations furent refusées au motif qu'ils n'avaient pas prouvé leur disponibilité—La disponibilité d'un prestataire est une question de fait dont la solution repose normalement sur une appréciation de la preuve, domaine privilégié du Conseil arbitral—La disponibilité doit se vérifier par l'analyse de trois éléments, soit le désir de retourner sur le marché du travail aussitôt qu'un emploi

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

convenable serait offert, l'expression de ce désir par des efforts pour trouver cet emploi convenable, et le non-établissement de conditions personnelles pouvant limiter indûment les chances de retour sur le marché du travail—À la lecture des motifs de décision du Conseil arbitral comme ceux du juge-arbitre, seul le troisième élément a vraiment joué, éclipsant les deux autres—Ce qui est reproché aux prestataires, c'est qu'en formant leur propre entreprise de couvreurs, et en cherchant à développer cette petite entreprise, ils auraient limité leurs possibilités d'emploi—La conclusion d'indisponibilité ne peut se dégager d'une base aussi restreinte—Demandes accueillies.

· FAUCHER C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-56-96, A-57-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 14-2-97, 4 p.)

CIToyENNETÉ ET IMMIGRATION

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Compétence de la Cour fédérale

Question certifiée par la Cour fédérale, Section de première instance, par suite du recours de l'intimée en contrôle judiciaire contre la décision de la section du statut, selon laquelle elle n'est pas une réfugiée au sens de la Convention bien qu'elle craigne d'être persécutée à Cuba—L'appelant soutient que l'art. 18.1(3)b) de la Loi sur la Cour fédérale n'investit pas la Section de première instance du pouvoir de renvoyer l'affaire à la section du statut pour que celle-ci déclare que l'intimée est une réfugiée au sens de la Convention—Les «instructions» que l'art. 18.1(3)b) habilite la Section de première instance à donner varient selon les circonstances de la cause—La seule question à résoudre par la Section de première instance était de savoir si la section du statut avait commis une erreur en concluant que vu sa résidence habituelle antérieure en Ukraine, l'intimée n'était pas une réfugiée au sens de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Convention—Il n'y avait aucune question de fait à résoudre—Le juge Simpson a exercé son pouvoir discrétionnaire dans les limites de l'art. 18.1(3)b) en laissant à la section du statut le soin de se prononcer au fond, étant entendu que l'erreur de droit ayant été rectifiée, elle déclarerait l'intimée réfugiée au sens de la Convention—Réponse affirmative à la question certifiée—Appel rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

TURANSKAYA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-713-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 4-3-97, 4 p.)

EXCLUSION ET RENVOI*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a refusé de délivrer des visas d'immigrant aux requérants—L'agent a conclu que l'une des personnes à charge du requérant principal (Samuel) appartenait à la catégorie non admissible de personnes visées à l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration, parce qu'elle souffrait d'une légère arriération mentale avec un quotient intellectuel à l'échelle complète de 53 et une maturité sociale de 10 ans—Elle risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada—Le témoin-expert de l'intimé a reconnu que Samuel pourrait, dans des circonstances appropriées, être capable de travailler sur le marché libre du travail au Canada, exécutant des tâches non spécialisées et répétitives—Samuel avait, pendant les treize années précédant la date de la décision qui fait l'objet du contrôle, travaillé à temps plein dans un atelier protégé de Hong Kong, où il assemblait des jouets qui exigeaient des tâches répétitives et simples—Il était raisonnablement loisible aux médecins agréés de conclure que Samuel, avec l'aide de ses parents, s'adresserait à un milieu d'atelier protégé équivalent au Canada s'il en existe un pour lui—Les requérants avaient l'intention de s'établir en Ontario si des visas leur étaient accordés—L'intimé a commis une erreur de droit en concluant que les requérants ne pouvaient être admis au Canada puisque leur admission entraînerait ou pourrait entraîner un fardeau excessif pour les services de santé ou sociaux au Canada—Demande accueillie—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 19(1)a)(ii).

FONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-158-96, juge Gibson, ordonnance en date du 19-2-97, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre selon laquelle le requérant constituait un danger pour le public au Canada—Arrivé au Canada en tant qu'immigrant reçu en 1974, le requérant n'a jamais demandé la citoyenneté canadienne—Le requérant et son épouse se sont mariés,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ils ont eu un fils, et ont divorcé—Le requérant a, à deux reprises, attaqué son ancienne épouse—Il a été déclaré coupable d'agression sexuelle armée, d'administration d'une drogue en vue d'obtenir un rapport sexuel et d'agression sexuelle—Il a été déterminé, sur le fondement de ces crimes, que le requérant constituait un danger pour le public—Parmi les conditions de sa libération conditionnelle, le requérant devait recourir à des soins psychiatriques—Selon le rapport du psychiatre, les agressions commises par le requérant appartiennent à une période de trouble isolée pendant laquelle le requérant ne parvenait pas à admettre la fin de son mariage—Selon le rapport de libération conditionnelle, le requérant ne risquait guère de commettre de nouvelles infractions—Demande accueillie—C'est à tort que le ministre a décidé que le requérant constituait un danger pour le public—Le ministre n'a cité aucune raison à l'appui de sa conclusion voulant qu'en permettant au requérant de rester au Canada, on risquait de mettre en danger la collectivité sociale—Le ministre a fondé sa décision sur un rapport concluant que, dans une situation analogue (mariage qui prend fin dans des circonstances particulièrement dures vis-à-vis d'une femme dont il a eu un enfant), le requérant commettrait à nouveau les mêmes infractions—Il semblerait que le ministre ne se soit pas suffisamment demandé si le requérant constituait effectivement un danger pour le «public»—La question essentielle en l'espèce est de savoir si c'est à bon droit que sont produits devant la Cour le rapport psychiatrique et le rapport de libération conditionnelle, lesquels n'ont pas été inclus dans le rapport présenté au ministre—Bien que la Cour ne saurait retenir une preuve qui n'était pas à la disposition de l'organe qui a pris la décision en cause, l'auteur de cette décision aurait dû se faire transmettre les deux documents, d'une importance essentielle, lorsqu'il s'agit de dire si le requérant constitue effectivement un danger pour le public—Le dossier du requérant devrait donc être renvoyé au ministre pour une nouvelle décision tenant compte, à tout le moins, des preuves contenues dans ces deux documents—Le ministre a également commis une erreur dans son interprétation du mot «danger» puisque le ministre évoque alors le caractère «révoltant» des actes criminels commis par le requérant et non pas le danger que poserait celui-ci—La Cour enjoint au ministre de rescinder l'avis qu'il a émis, l'affaire lui étant renvoyée pour nouvelle décision tenant compte de la preuve produite devant la Cour, preuve qui aurait dû, dès le départ, être mise à la disposition du ministre—La Cour ordonne la délivrance d'un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion délivrée à l'encontre du requérant.

PEREIRA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1395-96, juge Cullen, ordonnance en date du 24-2-97, 9 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

décision du ministre ((1996), 107 F.T.R. 214)—L'art. 77 de la Loi sur l'immigration donne au citoyen canadien qui a parrainé la demande d'établissement le droit d'interjeter appel devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande parrainée—L'art. 77 a été modifié le 10 juillet 1995 de manière à éliminer le droit d'appel du répondant lorsque le requérant appartient à une catégorie de personnes non admissibles et que, selon le ministre, le requérant constitue un danger pour le public au Canada—Peter Tsang est entré au Canada en 1977—Il a marié une citoyenne canadienne en 1978—Entre 1978 et 1986, il a été déclaré coupable de dix infractions criminelles—Il a fait l'objet du rapport prévu à l'art. 27 au motif qu'il était une personne non admissible parce qu'il avait déjà commis des infractions criminelles, il a fait l'objet d'une mesure d'expulsion et a été renvoyé à Hong Kong en 1991—En 1993, il a présenté une demande de résidence permanente fondée sur le parrainage de sa femme—La demande a été rejetée et sa femme a interjeté appel de ce refus—L'appel n'a pas été entendu avant le 10 juillet 1995—L'audience a commencé le 25 juillet et s'est poursuivie le 10 août—Le prononcé de la décision a été différé—En septembre, le ministre a, par l'entremise de son délégué, exprimé l'avis que Peter Tsang constituait un danger pour le public au Canada—Sa femme a été avisée qu'elle n'avait aucun droit d'appel—Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance a certifié la question suivante: lorsqu'un appel est interjeté avant le 10 juillet 1995 par un répondant devant la section d'appel de l'immigration relativement à une personne parrainée qui appartient à l'une des catégories non admissibles et que l'audience de la SAI a commencé après le 10 juillet 1995, le fait que le ministre a exprimé l'avis que la personne parrainée constitue un danger pour le public éteint-il le droit d'appel que possède le répondant en vertu des art. 77(3.01) de la Loi et 15(3) du projet de loi C-44 et met-il ainsi fin à la compétence de la SAI à l'égard de l'appel?—La Cour a répondu par l'affirmative à la question certifiée—L'art. 15(3) du projet de loi C-44 prévoit que l'art. 77(3) s'applique aux appels interjetés dans le cadre de l'art. 77 dont l'audition n'est pas commencée à la date de son entrée en vigueur—La version anglaise de cette disposition ne comporte aucune ambiguïté—Même si la version anglaise comportait une ambiguïté, la version française démontre incontestablement que, pour que le droit d'appel soit protégé, l'audience doit avoir commencé avant l'entrée en vigueur de la disposition—Les principes d'interprétation des lois exigent que l'ambiguïté que comporte le texte anglais soit résolue de façon à se conformer au texte français qui, lui, n'est pas ambigu—Aucun principe secondaire d'interprétation des lois n'entre en jeu—Il n'y a rien dans la Loi qui limite le délai dans lequel le ministre peut exercer son pouvoir d'exprimer l'avis qu'une personne constitue un danger pour le public—Il existe des raisons de principe qui justifient d'accorder au ministre la plus grande marge de manœuvre possible dans le cadre du processus pour accorder

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

une protection maximale au public canadien—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15), 69.4 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18)—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la Loi sur la citoyenneté et modifiant la Loi sur les douanes en conséquence, L.C. 1995, ch. 15, art. 15(3).

TSANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-179-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 11-2-97, 7 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Un membre de la section d'appel de l'immigration, R. Channan, a rejeté l'appel interjeté à l'égard d'une mesure d'expulsion—Dans une lettre envoyée par télécopieur et par courrier ordinaire dans le délai prescrit, le demandeur a demandé les motifs écrits de la décision rendue à son égard—Le greffier a répondu que les motifs de la décision ne pouvaient lui être fournis puisque le membre Channan était inapte pour raison de santé—L'intimé allègue qu'aucune preuve n'établit l'existence d'une fiche d'envoi jointe à la demande de motifs que le demandeur a envoyée par télécopieur, comme le prescrit la Règle 35(1) des Règles de la section d'appel de l'immigration—Par conséquent, on ne peut considérer que la demande télécopiée a été reçue dans le délai prescrit—Demande accueillie—Il n'existe aucune exigence voulant que la demande de motifs doive être signifiée—L'art. 69.4(5) de la Loi sur l'immigration prévoit uniquement que la section d'appel n'est tenue de motiver par écrit sa décision sur un appel présenté en vertu des art. 70 ou 71 que si l'une des parties le demande dans les 10 jours suivant sa notification, auquel cas la transmission des motifs se fait sans délai—La demande n'a donc pas à être signifiée officiellement—On exige seulement qu'elle soit présentée dans les 10 jours suivant la notification de la décision rendue à l'égard de l'appel—Le demandeur a été avisé de cette décision le 12 septembre—Sa demande de motifs écrits a été envoyée par télécopieur le 19 septembre, soit bien en deça du délai de 10 jours—Application de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Pinnock*, IMM-3139-95, juge Gibson, jugement en date du 6-11-96, encore inédit: la section d'appel de l'immigration doit donner les motifs de sa décision pour qu'un véritable droit de révision existe suivant les règles de la justice naturelle—On n'a pas fait la preuve d'une raison spéciale justifiant l'adjudication de dépens—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.4(5) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 63)—Règles de la section d'appel de l'immigration, DORS/93-46, Règle 35(1)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, Règle 22.

WHITTINGHAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2572-95, juge Cullen, ordonnance en date du 30-1-97, 3 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Le juge de la Section de première instance a accordé l'autorisation de demander le contrôle judiciaire—Le tribunal intimé, par son directeur général intérimaire, n'a pas produit dans le délai le dossier du tribunal comme l'exige la Règle 17 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993—Rien dans la Loi sur l'immigration ni dans les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration ne permet de proroger le délai limite—Rien dans ces documents n'interdit la prorogation—La Cour ne saurait proroger le délai en soi prescrit par la loi—Puisque l'espèce porte sur la prorogation du délai prévu dans une ordonnance qui a été rendue dans le délai prescrit par la Loi sur l'immigration, la prorogation de délai, au moyen d'une autre ordonnance que ne prévoit pas le code procédural de la loi, est interdite—Le tribunal, par son omission, sa négligence ou son refus qui dénote de la désobéissance a commis une injustice à l'égard du requérant en faisant échec aux pouvoirs de la Cour, et il devrait donner la raison pour laquelle il ne devrait pas être puni pour outrage au tribunal—Entre-temps, les parties devraient comparaître devant la Cour, comme l'a ordonné le juge de première instance le 26 février 1997—Être surchargé de travail n'est pas une excuse lorsque le personnel supplémentaire et les efforts de surtemps s'imposent pour se conformer à la loi—Chaque partie peut poursuivre la demande d'ordonnance de justification visant, sous le régime de la Règle 355(3), le directeur général intérimaire qui a omis, négligé ou refusé d'obtempérer à l'ordonnance rendue par la Cour en l'espèce—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 355(3)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, Règle 17—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(7) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53).

BERTOLD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-901-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 10-2-97, 6 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant ne faisait pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (CDNRSRC)—Il a été conclu en 1993 que le requérant, citoyen salvadorien, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Il prétendait être persécuté au Salvador par d'anciens membres du FMLN, qui était jadis une force révolutionnaire mais qui est maintenant un parti politique promouvant la démocratie, et par l'armée à laquelle son nom d'ancien membre du FMLN, selon lui, aurait été communiqué—L'agent chargé de la révision des revendications

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

refusés s'est appuyé sur des articles et des informations publiés concernant la situation générale du pays d'origine qui n'ont fait l'objet d'aucune divulgation ou identification pour le requérant avant la décision, y compris quelques documents publiés après que le requérant eut présenté ses observations—Il s'est également appuyé sur des documents que lui ont fournis un projet de guide et des documents de formation comprenant le renvoi à la méthodologie ou aux lignes directrices pour l'évaluation du risque, l'avocat du requérant n'ayant pas vu ces derniers documents qui ne faisaient pas partie du dossier, bien que la possibilité ait été donnée de présenter d'autres observations écrites à la suite de l'audition—Demande rejetée—Lorsque la preuve documentaire de la situation du pays d'origine examinée dans une évaluation au titre de la CDNRSRC est un document auquel le public peut avoir accès, il n'existe aucune obligation d'informer le requérant, avant qu'une décision ne soit prise, de documents particuliers concernant la situation du pays d'origine qui sont examinés: *Quintanilla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 105 F.T.R. 315 (C.F. 1^{re} inst.)—Les documents consultés par l'ACRRR étaient à la disposition du public—Lorsque le requérant est au courant d'un processus général de recours aux sources d'information documentaires publiées sur la situation du pays d'origine, comme le requérant à l'instance est réputé l'avoir été, et lorsqu'il a fourni des renseignements de ce genre avec sa demande, les renseignements mentionnés par l'ACRRR ne dépassent la portée des renseignements disponibles pour le public qu'un requérant raisonnable, assisté par avocat, prévoirait que l'ACRRR examinerait en prenant sa décision—L'ACRRR n'est nullement tenu d'indiquer les documents particuliers qu'il examine avant qu'une décision ne soit prise—Il n'y a pas eu violation de l'obligation d'équité en se reportant à des documents disponibles pour le public sans identifier les documents particuliers avant que la décision n'ait été prise—Les autres documents qui ne sont pas à la disposition du requérant au moment des observations ne sont pas importants aux fins de décision—Ils n'introduisent aucun nouveau renseignement qui ne soit disponible à partir d'autres documents auxquels le public a accès—Le principe de la divulgation de la preuve contre un accusé antérieurement au procès n'est pas applicable à la preuve documentaire de la situation du pays d'origine tirée de documents publics, qu'on trouve dans les revendications du statut de réfugié ou dans les revendications connexes—L'équité dicte que les éléments de preuve auxquels le public n'a pas facilement accès doivent être divulgués, mais elle n'exige pas la divulgation de documents particuliers appartenant au domaine public et qui sont disponibles pour le requérant, sur lesquels l'ACRRR peut s'appuyer pour la preuve de la situation actuelle du pays d'origine—L'obligation d'équité ne s'étend pas à la divulgation d'une méthodologie de l'évaluation du risque, bien que cette divulgation soit encouragée—L'évaluation du risque n'est pas une science exacte; il s'agit plutôt d'une évaluation raisonnable, faite

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

objectivement en tenant compte de la preuve disponible du grave risque pour la vie ou la liberté du demandeur—Il n'y a pas eu refus de divulguer puisque la divulgation n'a pas été demandée—On n'a pas démontré l'injustice dans l'application des procédures ou des méthodes qu'a suivies l'ACRRR—L'ACRRR a tenu compte des risques que courrait le requérant s'il était renvoyé au Salvador, et cette considération n'était pas limitée au risque pour lui que pourraient représenter les «autorités» du pays—Bien que l'ACRRR dispose de rapports qui appuieraient une scène de violence effrénée connue par certains anciens membres du FMLN, il existait d'autres rapports qui étayaient les conclusions selon lesquelles il n'existait aucune preuve que les autorités visaient les anciens sympathisants du FMLN et restreignaient la preuve que les anciens membres du FMLN cherchaient à dissiper les anciens soupçons de façon violente, ou qu'ils contrôlaient des centres de voyage stratégiques—Le rôle mineur joué par le requérant au sein du FMLN, l'absence de la preuve que son nom avait été signalé aux autorités, l'absence de la prétention que les autorités ou les sympathisants du FMLN avaient tenté de faire quelque chose contre lui avant son départ, ou avaient harcelé sa famille depuis lors étaient la conclusion qu'il pouvait retourner sans risque au Salvador—L'omission par l'ACRRR de faire état d'un aspect des craintes exprimées par le requérant ne justifie pas que la Cour intervienne, ni n'indique que cet aspect n'a pas été examiné—Question certifiée: Un agent d'immigration qui procède à un examen en conformité avec les règles concernant la CDNRSRC contrevient-il au principe d'équité énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.) lorsqu'il ne divulgue pas, avant de trancher l'affaire, les documents invoqués provenant de sources publiques relativement aux conditions générales en vigueur dans un pays—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/93-44, art. 1).

MANCIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-714-96, juge MacKay, ordonnance en date du 31-1-97, 18 p.)

DROIT D'AUTEUR

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur portant qu'elle n'a pas compétence, lorsqu'elle certifie un projet de tarif conformément à l'art. 67.2 de la Loi sur le droit d'auteur, s'agissant de droits à l'égard desquels, conformément à l'art. 3(1.4), deux personnes sont solidaires, pour répartir le montant des droits entre elles—Demande rejetée—Le seul pouvoir conféré à la Commission par l'art. 67.2 est celui d'établir le montant des droits et les modalités y afférentes—La répartition des sommes payables à titre de droits entre les personnes solidairement tenues de les payer ne comporte pas la

DROIT D'AUTEUR—Fin

détermination d'un droit ou d'une modalité y afférente—Les sommes que les différentes personnes intéressées par la télécommunication d'œuvres musicales au public peuvent se devoir mutuellement ne sont pas des droits même si elles sont payables en raison du paiement des droits par l'une d'elles—La Commission a donc eu raison de statuer qu'elle n'avait pas compétence pour en faire la répartition—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1.4) (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2), 67.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4; ch. 44, art. 71, 79(3)b).

ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (A-416-96, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 15-1-97, 3 p.)

DROIT MARITIME**TRANSPORT DE MARCHANDISES**

Action visant au recouvrement de frais de transport additionnels payés par la demanderesse à la défenderesse pour le transport d'une cargaison par mer, de Sorel (Québec) à Casablanca (Maroc)—Transport de poteaux en bois créosoté vendus par Domtar à l'Office national de l'Énergie du Maroc, soit un poids de 1486 tonnes métriques ou un volume de 2314 mètres cubes—Le tarif a été fixé à 85 deutsch mark le mètre cube—Durant le chargement de la cargaison, on a découvert qu'elle occupait davantage d'espace sur le navire qu'on l'avait prévu—La défenderesse, Unispeed, exigea un supplément pour l'exécution du contrat de transport, supplément dont la demanderesse fut incapable de recouvrer la majeure partie de son client—La demanderesse tente aujourd'hui de recouvrer ce qu'elle considère comme frais de transport additionnels, alléguant une rupture du contrat conclu avec la défenderesse—La demanderesse affirme que la défenderesse, SGS Supervision Services Inc., engagée pour mesurer l'espace occupé par la cargaison, a failli à son obligation de bonne exécution de son mandat au nom de la demanderesse—Action accueillie—La preuve d'expert a été acceptée: lorsqu'on transporte des faisceaux de poteaux, la méthode employée au niveau international consiste à mesurer le volume de la marchandise et à ajouter 30% pour l'espace perdu qui existe entre les poteaux attachés en faisceaux—Seule la partie qui indique le prix applicable au transport d'une cargaison est en mesure de connaître le coefficient d'arrimage puisqu'elle seule connaît le navire qui sera affrété et ses dimensions—La défenderesse, Unispeed, était responsable du plan d'arrimage—Elle aurait dû savoir qu'il y avait environ 40% d'espace perdu dans la soute 1 et environ 20% dans la soute 2—Unispeed était désespérément en quête de clients et n'avait pas suffisamment d'expérience pour exécuter le contrat de transport qu'elle avait conclu—La défenderesse, Unispeed,

DROIT MARITIME—Fin

a commis une erreur en faisant une mauvaise évaluation de l'espace que les poteaux de bois occuperaient—Cette erreur s'est dès lors aggravée en raison du fait que la défenderesse n'avait pas la moindre idée du navire qui allait servir à transporter la cargaison et qu'elle n'avait donc pas connaissance de la structure ou des dimensions du navire—La défenderesse, SGS, a manqué à son obligation de mesurer correctement—La demanderesse s'est vue obligée de verser un supplément à la défenderesse Unispeed pour le transport des poteaux et cette obligation était le résultat à la fois de l'incompétence d'Unispeed et de la négligence de SGS, dans la préparation de son rapport—Les défenderesses sont donc solidairement condamnées à payer à la demanderesse la somme de 130 674 \$ pour réparer le préjudice que celle-ci a subi.

UNITED MARITIME BELGIUM N.V. (SYNDIC DE) C.
UNISPEED GROUP INC. (T-1452-92, juge Rouleau,
jugement en date du 27-1-97, 19 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande visant l'annulation de la décision d'un tribunal d'appel des droits de la personne accueillant l'appel qu'ont interjeté les intimés de la décision d'un tribunal des droits de la personne qui avait rejeté leur plainte de discrimination—La plainte portait que les Forces armées canadiennes avaient, en raison de l'état matrimonial de l'intimé, refusé de le nommer commandant de la Base des Forces canadiennes Greenwood en Nouvelle-Écosse—Demande accueillie—L'intimé était à l'époque en cours de divorce et projetait d'épouser sa conjointe de fait—Le tribunal de première instance a conclu que l'état matrimonial de l'intimé n'était pas entré en ligne de compte aux fins de la nomination—Le tribunal d'appel a statué, d'après les faits de la cause, que le tribunal de première instance avait commis une erreur en concluant que la candidature de l'intimé n'avait pas été rejetée en raison de son état matrimonial—Le tribunal d'appel a entendu quatre témoins additionnels, tenant en pratique une audition *de novo*—Le tribunal d'appel a conclu à tort que le tribunal de première instance avait erré en examinant une fausse question (celle de l'existence d'un plan délibéré pour cacher la prise en compte inappropriée de l'état matrimonial par un supérieur, plutôt que la question de savoir si une inférence raisonnablement tirée des faits pouvait conduire à la conclusion que l'intimé a été écarté du processus en raison de son état matrimonial)—Or le tribunal de première instance a bel et bien examiné la question posée par le tribunal d'appel—Plus important encore, le tribunal d'appel a énoncé une conclusion, au vu d'une preuve contradictoire et incohérente, sans s'appuyer sur des motifs substantiels pour arriver à cette conclusion plutôt qu'à une autre—La décision du tribunal d'appel est annulée car elle a écarté tous les éléments de preuve qui n'étaient pas sa conclusion que l'intimé avait été victime de discrimination—Quant au redressement

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

accordé par le tribunal d'appel [modification du dossier de l'intimé pour indiquer sa promotion au rang de colonel et compensation financière (paiement rétroactif de l'écart des salaires, des prestations de retraite et de tous les autres avantages, versement d'une indemnité pour les congés et le temps consacrés à la préparation de la plainte)]—Aux fins du calcul des dommages-intérêts, le plaignant doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il a perdu un emploi ou la possibilité d'un emploi—Étant donné les conclusions du tribunal d'appel, cette preuve a été établie—Le mot «dépenses» employé à l'art. 53(2)d) n'est pas suffisamment large pour englober le temps de préparation, sauf circonstances exceptionnelles—L'affaire est renvoyée à un tribunal d'appel nouvellement constituée aux fins de trancher les questions au dossier telles qu'elles ont été soumises au tribunal d'appel—Il sera loisible au nouveau tribunal de permettre aux parties de produire des témoins qui n'ont pas été appelés à témoigner devant le tribunal de première instance ou le tribunal d'appel—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 53(2)d).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAMBIE (T-2250-95,
juge Nadon, ordonnance en date du 23-12-96, 20 p.)

Appel d'un jugement de première instance ([1996] 3 C.F. 182) annulant une décision de la CCDP de renvoyer la plainte à la conciliation au motif que l'un des enquêteurs, qui avait volontairement adhéré à l'Alliance, était partial—Appel accueilli—Le juge de première instance a conclu à bon droit que la plainte à l'étude relève de la compétence de la Commission au niveau de l'enquête et du règlement—Les actions et les omissions du G.T.N.-O. sont visées par la Loi canadienne sur les droits de la personne—L'existence d'une crainte raisonnable de partialité doit être démontrée d'une façon objective, rationnelle et éclairée—Un simple soupçon de partialité ne suffit pas—Il doit y avoir un fondement factuel certain pour soutenir l'allégation—Concernant la partialité des offices fédéraux, il doit y avoir un continuum dans le degré de crainte de partialité, selon la nature des fonctions de l'office fédéral—Ce continuum s'échelonne de la norme moins stricte de «l'esprit fermé» applicable aux tribunaux administratifs traitant de questions de politique ou agissant à l'étape de l'enquête, au critère strict de la «crainte raisonnable» applicable aux fonctions juridictionnelles des offices fédéraux—Considérant la nature purement administrative des mesures que la Commission peut prendre en recevant un rapport d'enquête, ces mesures, même si elles sont appelées des décisions, abstraction faite de celle qui rejette la plainte, sont strictement préliminaires et ne portent aucunement atteinte à la validité de la plainte ni au droit des parties—La norme appropriée en l'espèce est le critère moins strict de «l'esprit fermé» qui est à l'opposé du critère strict de la «crainte raisonnable»—Décision appliquée: *Reimer v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1992), 105 Sask. R. 100 (C.A.)—Si le juge de première instance avait appliqué le critère approprié avant

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

de parvenir à sa conclusion, elle aurait rejeté les allégations de partialité—Aucune preuve ne laisse entendre que l'enquêteur avait préjugé de la question dont elle était saisie ou qu'elle l'a examinée avec un esprit fermé—Le simple fait qu'elle ait adhéré volontairement à l'Alliance, qui par ailleurs défend la parité salariale, n'est pas une raison en soi pour qu'une personne raisonnable croie que l'enquêteur n'a pas fait preuve de l'objectivité nécessaire pour évaluer si la parité salariale existait au G.T.N.-O., ou qu'elle a dû faire un effort spécial pour conclure que cette parité salariale n'existait pas.

TERRITOIRES DU NORD-OUEST C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (A-490-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-2-97, 4 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un enquêteur a recommandé que la mutation d'une fonctionnaire à un poste de Tax AU-02 soit confirmée—L'enquêteur avait été désigné en vertu de l'art. 34.4(2) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Lorsqu'une mutation a lieu, les fonctionnaires peuvent porter plainte dans le cadre d'un recours qui comporte deux étapes—Le requérant a, avec 21 autres fonctionnaires, déposé une plainte auprès de l'administrateur général compétent conformément à l'art. 34.3(1) de la Loi—Il demande le contrôle judiciaire du rapport établi par l'enquêteur au terme du recours de second niveau—En vertu de sa désignation aux termes de l'art. 34.4(2), l'enquêteur aurait pu, par lui-même ou par l'entremise de la Commission, obtenir la production forcée des renseignements qui étaient réclamés au nom du requérant—L'enquêteur ne s'est pas prononcé sur la valeur probante et l'admissibilité des renseignements concernant les demandes de mutation en suspens—Ce faisant, il a commis une erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire du fait qu'il a commis un déni de justice naturelle envers le requérant—Il peut y avoir abus de pouvoir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans que la personne qui exerce ce pouvoir soit animée par une intention répréhensible—Il en serait ainsi, par exemple, lorsque le délégué se fonde sur des éléments insuffisants ou qu'il ne tient pas compte d'éléments pertinents ou encore lorsqu'il agit d'une manière discriminatoire—Ces formes d'abus peuvent constituer un «abus de pouvoir» dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—L'enquêteur n'a pas conclu que ces renseignements n'étaient pas pertinents ou admissibles dans le cas de la plainte du requérant—La recommandation de l'enquêteur est erronée, parce qu'il a commis une erreur en concluant que la mutation ne constituait pas un abus de pouvoir et qu'il ne s'est pas penché sur tous les abus de pouvoir qui étaient en litige devant lui—La demande est accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 43.3 (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 22), 34.4 (édicte, *idem*.)

TUCCI C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-623-96, juge Gibson, ordonnance en date du 11-2-97, 7 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Suite**APPELS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le comité d'appel de la CFP a accueilli l'appel interjeté par la requérante pour contester la nomination de la candidate retenue à la suite d'un concours relatif à un poste FI-04 et par laquelle le comité d'appel a jugé qu'il ne prendrait «pas d'autre mesure» au sujet de deux autres candidates—La requérante ne satisfaisait pas aux exigences linguistiques de ce poste «bilingue à nomination non-impérative»—Dans une décision antérieure, la C.F. 1^{re} inst. avait fait droit à une demande de contrôle judiciaire, avait annulé la décision du comité d'appel au motif que celui-ci avait permis une utilisation irrégulière de la norme de sélection pour permettre à des candidats de satisfaire aux exigences prévues au concours, alors que ces candidats ne possédaient pas les qualifications relatives aux études annoncées dans l'avis de concours et alors que les motifs invoqués au soutien de la décision contestée ne traitaient pas ailleurs de ces qualifications, et avait renvoyé l'affaire à la CFP pour qu'elle constitue un nouveau comité d'appel et pour qu'une nouvelle audience soit tenue et qu'une nouvelle décision soit rendue au sujet de l'appel de la requérante—Entre la date de la première décision du comité d'appel et la date de l'audience du comité qui s'est soldée par la seconde décision, une candidate a été mutée à un autre poste de la fonction publique et s'est par la suite retirée de la fonction publique—Le comité a par conséquent conclu que l'appel de la nomination de la candidate qui avait pris sa retraite était sans objet, mais il a accueilli l'appel interjeté de la nomination de la candidate Wilson au motif que cette nomination allait à l'encontre du principe du mérite—Le comité a conclu que le jury de sélection avait conclu à bon droit que la requérante ne respectait pas le profil linguistique prévu pour les postes visés—La demande est accueillie en ce qui concerne la conclusion suivant laquelle l'appel portant sur la nomination de la candidate ayant pris sa retraite était sans objet—Le comité d'appel a commis une erreur de droit sur cette question—Le nouvel art. 21(3) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique dispose que la Commission peut prendre toute mesure qu'elle juge indiquée pour remédier à toute irrégularité signalée par le comité d'appel relativement à la procédure de sélection—Le comité d'appel était lié par la conclusion de la C.F. 1^{re} inst. et il aurait été obligé de conclure que la procédure de sélection était entachée d'une irrégularité et d'invoquer l'art. 21(3) pour prendre les mesures qu'il jugeait indiquées pour remédier à cette irrégularité—Le comité d'appel n'a toutefois pas commis d'erreur en concluant que la requérante ne possédait pas les qualités requises pour les postes en jeu dans le concours en raison de questions de formation linguistique—De plus, le comité n'a pas commis d'erreur en tenant compte d'éléments de preuve qui ne lui avaient pas été régulièrement soumis: l'affirmation contestée ne faisait pas partie des considérations qui ont conduit à la décision du comité et aucune personne raisonnable qui considérerait la décision du comité dans son ensemble ne conclurait à la possibilité ou à la probabilité des préjugés contre la requérante—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-32,

FONCTION PUBLIQUE—Suite

art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

LO C. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-32-96, juge Gibson, ordonnance en date du 21-2-97, 10 p.)

FIN D'EMPLOI

Requête en radiation—Déclaration alléguant un congédiement indirect—La demanderesse réclame une indemnité de départ, le remboursement d'heures supplémentaires et de frais de déplacement non payés, d'un grief de classification, des frais de réinstallation et des dommages pour les souffrances morales qui lui ont été délibérément infligées—La réclamation en responsabilité délictuelle pour les souffrances morales délibérément infligées n'est pas manifestement futile—L'art. 24 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique dispose qu'un fonctionnaire est nommé à titre amovible—En l'absence de circonstances spéciales, ce n'est pas par l'action pour renvoi injustifié que les fonctionnaires congédiés peuvent obtenir réparation: *Ricafort c. Canada (Conseil du Trésor)* (1988), 24 F.T.R. 200 (C.F. 1^{re} inst.)—La situation de la demanderesse ne constitue pas une circonstance spéciale, à l'exception de sa réclamation de nature contractuelle—La demanderesse ne peut invoquer la procédure de règlement des griefs prévue dans la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique étant donné qu'elle occupait un poste de direction—La demanderesse n'allègue pas strictement qu'il y a eu congédiement injustifié, mais elle réclame plutôt des redressements prévus au contrat, c'est-à-dire le montant convenu pour son indemnité de départ—Les «dommages-intérêts pour congédiement injustifié» sont rayés de la demande de redressement—Les réclamations pour le paiement d'heures supplémentaires, de frais de déplacement et le grief en instance sont également des réclamations en dommages convenus qui semblent être de nature contractuelle—Il n'est pas clair et manifeste que ces réclamations sont vouées à l'échec—Le paragraphe faisant référence aux frais de réinstallation et au redressement accessoire est rayé parce que ces éléments ne sont pas qualifiés comme un droit découlant du contrat; ils sont plutôt accessoires au congédiement injustifié—Ils constituent, sous réserve de toute disposition contractuelle, un risque associé à un emploi à titre amovible et pour lequel il n'existe aucun redressement en common law—La demanderesse est autorisée à modifier sa déclaration pour indiquer clairement qu'elle ne demande qu'une indemnité de départ prévue au contrat—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 24—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

NYGREN C. CANADA (T-853-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 17-1-97, 7 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin**RELATIONS DU TRAVAIL**

Grief pour abolition de poste—Demande d'ordonnance interdisant à l'arbitre nommé en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP) de se saisir et d'entendre le grief de l'intimé au motif qu'elle ne possède pas la compétence pour ce faire—Poste de l'intimé à l'Agence spatiale canadienne aboli—Grief rejeté au motif que la décision était conforme à l'art. 29 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP)—L'intimé a décidé de renvoyer son grief à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la LRTFP—La requérante a fait valoir que l'arbitre n'était pas compétent pour entendre l'affaire au motif que la décision avait été prise aux termes de la LEFP, ce qui excluait le renvoi à l'arbitrage conformément à l'art. 92(3) de la LRTFP—L'arbitre a décidé de poursuivre l'audition, décidant qu'elle avait compétence dans l'hypothèse ou la mise en disponibilité serait un subterfuge pour mettre fin à son emploi—Pour avoir droit à l'arbitrage, l'intimé doit notamment faire la preuve d'un licenciement ou d'une rétrogradation visé par la Loi sur la gestion des finances publiques (LGFP)—La présente affaire soulève deux questions: (1) l'intimé pouvait-il modifier son grief une fois rendu devant l'arbitrage? et (2) l'arbitre pouvait-il se saisir du grief alors que l'employeur invoque une abolition de poste en vertu de l'art. 29 de la LEFP?—La requête est rejetée—En ce qui concerne la deuxième question, l'arbitre a eu raison de conclure que dans l'hypothèse ou la mise en disponibilité constituait un congédiement disciplinaire déguisé, effectué de mauvaise foi, elle aurait compétence pour entendre et donner suite au grief—Cependant la preuve serait très difficile à faire—Quant à la première question, le grief que l'employé a tenté d'introduire devant l'arbitre n'était par un nouveau grief qui n'avait aucun lien avec le grief original—L'intimé y parlait d'atteinte à sa réputation—En outre, il avait logé en même temps un deuxième grief contre des mesures disciplinaires et l'abolition de son poste, ce qui a eu pour effet de communiquer suffisamment à son employeur la nature exacte de son grief—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 29 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 19; 1995, ch. 17, art. 8)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68)—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.

CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) C. RINALDI (T-761-96, juge Noël, ordonnance en date du 25-2-97, 11 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a rejeté l'appel de la demanderesse à l'égard de la cotisation émise contre elle le 9 mars 1982, relativement à des déductions à la source non remises au MRN—La

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

demanderesse (C. & L.) agissait à titre d'agent et de mandataire pour la Banque Nationale et la Banque Mercantile en vertu de sûretés—Le 27 octobre 1981, ces dernières ont demandé à Canadian Admiral Corporation Ltd. (CAC) le remboursement d'une somme de 40 millions qui leur était due et lui accordaient un délai d'une semaine pour ce faire—Le 4 novembre 1981, la demanderesse prit contrôle et possession de la majorité des actifs de CAC, dont les comptes recevables, l'argent en mains et les comptes de banque, soit une somme évaluée à 1 522 573, 45 \$—Les banques concernées ont donné à la demanderesse instructions de régler toutes les réclamations antérieures quant aux salaires des employés de CAC pour la période du 26 octobre au 4 novembre 1981, en contrepartie de la signature par chacun de ces employés d'une cession de ses revendications salariales égale au montant versé—Le paiement aux employés fut effectué sur des chèques portant le nom de CAC et la signature «Coopers & Lybrand Limited, Agent—Banque Nationale du Canada»—Les déductions à la source totalisant la somme de 163 404,56 \$ n'ont été remises au receveur général du Canada ni par la demanderesse ni par CAC—Le MRN a émis un avis de cotisation réclamant à la demanderesse un solde de 186 008,01 \$—Il s'agissait de déterminer si le ministre était autorisé à réclamer ce solde en se fondant sur les art. 153 et 227(9) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La demanderesse était une personne ayant versé un salaire à chacun des employés concernés de CAC—Les termes «toute personne» visent un agent, telle la demanderesse, agissant pour le compte des banques créancières de l'employeur CAC—Ce qui a été versé aux employés de CAC, pour la période du 26 octobre au 4 novembre 1981 était du salaire dû—Chaque employé s'est vu remettre un chèque au montant correspondant à son salaire net, c'est-à-dire son salaire brut moins les retenues autorisées, dont la retenue au titre de l'impôt sur le revenu—La demanderesse a satisfait aux exigences de déduction ou de retenue édictées à l'art. 153(1) de la Loi—Aucun des documents versés en preuve ne parlent de «salaire net» et il n'y a rien qui empêche la demanderesse d'assumer le paiement du salaire brut en effectuant les déductions ou retenues prescrites, en vue d'en faire remise au receveur général, et en payant le solde, soit le salaire net, aux employés—La preuve verbale et la preuve documentaire établissent clairement que la demanderesse avait l'autorité ou le mandat de verser directement aux employés leur salaire net—La demanderesse n'a pas su repousser la forte présomption résultant des bordereaux et des formules T-4 supplémentaires qu'elle a elle-même préparés—Étant directement responsable, en vertu de l'art. 153(1) de la Loi, d'avoir fait défaut de remettre au receveur général les déductions ou retenues prescrites qu'elle a effectuées sur les salaires des employés de CAC pour la période concernée, la demanderesse est également responsable en vertu de l'art. 227(9) de la Loi—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153(1) (mod. par S.C.

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

1980-81-82-83, ch. 140, art. 104(1)), 227(9) (mod., *idem*, art. 123(1)).

COOPERS & LYBRAND LTÉE C. CANADA (T-207-94, juge Pinard, jugement en date du 13-2-97, 15 p.)

NON-RÉSIDENTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du directeur du Bureau de l'impôt international refusant la demande de prorogation de délai des requérants présentée pour qu'ils puissent déposer leur déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1992—En septembre 1988, un des requérants, M. Deukmedjian, un non-résident, achetait un immeuble résidentiel de 18 logements à Westmount, Québec—L'autre requérant, M. Kutlu, a été désigné mandataire responsable de la gestion complète de l'immeuble, y compris la production des déclarations de revenus—Depuis qu'il a été acquis, l'immeuble n'a généré que des pertes—Depuis 1989, le mandataire devait remplir le formulaire NR-6 afin d'être imposé seulement sur le montant net du revenu de loyers de l'immeuble—En l'espèce, il y a deux délais plutôt rigides à respecter—Le premier délai vise la production du formulaire NR-6 auprès de Revenu Canada avant le début de l'exercice financier auquel il se rapporte—Le second délai touche la production du rapport d'impôt lui-même, celui-ci devant être produit dans les six mois suivant la fin de l'année financière—Pour les années d'imposition 1989, 1990 et 1991, Revenu Canada acceptait les déclarations de revenus produites au-delà des délais prévus et envoyait des avis de cotisation indiquant qu'aucun impôt n'était payable—C'est la déclaration pour l'année 1992 qui fait l'objet du présent litige—Le 10 février 1994, Revenu Canada envoyait au mandataire un avis indiquant qu'on entendait lui imposer personnellement une cotisation de 31 867,25 \$, soit 25 % du revenu brut de location—Le mandataire a écrit au Ministère, déplorant qu'entre 1990 et le 9 février 1993, aucun avertissement, oral ou écrit ne lui avait été transmis concernant la date de remise des déclarations—Le 1^{er} février 1995, le ministre expédiait un avis de cotisation pour l'année d'imposition 1992—Les requérants ont signifié à Revenu Canada un avis d'opposition à l'encontre de cette cotisation—Sans qu'il y ait eu audition orale, l'intimé Michael Québec rendait la décision en litige, refusant aux requérants de prolonger le délai pour produire leur déclaration pour l'année 1992—À défaut de produire une déclaration dans le délai prévu à l'art. 216(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'art. 216(4) impose au mandataire l'obligation de déduire 25 % du loyer brut devant lui être remis et de remettre ce montant au receveur général—En vertu de l'art. 220(3) de la Loi, le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'accepter la déclaration même si celle-ci est produite au-delà du délai prévu—En exerçant un pouvoir discrétionnaire, on doit respecter les limites du mandat légal et prendre en considération tous les facteurs nécessaires à la fonction de prise de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

décisions qu'attribue la loi—Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 220(3) existe principalement pour remédier aux injustices que pourrait causer le régime d'impôt sur le revenu du propriétaire non résident—Les requérants s'étaient informés à plusieurs reprises auprès des agents du ministre—Ces derniers n'ont jamais indiqué qu'il y avait un problème quelconque quant à la production tardive des déclarations—Le pouvoir discrétionnaire de proroger les délais impartis par la Loi ne saurait se limiter à l'examen des circonstances faisant en sorte que le contribuable est incapable de respecter les délais—Le directeur n'a nullement analysé le dossier en tenant compte des éléments à partir desquels il est censé avoir voulu exercer son pouvoir discrétionnaire—Le procureur des intimés n'a pu établir de préjudice que pourrait subir ses clients si un délai était accordé—Requête accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 216(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 178(1))—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), c. 1, art. 220(3).

KUTLU C. M.R.N. (T-205-96, juge Joyal, ordonnance en date du 21-2-97, 13 p.)

PRATIQUE

Requête en prorogation du délai pour interjeter appel d'une ordonnance rendue le 30 septembre 1993—Requête accueillie—La présente instance et les sept autres instances qui s'y apparentent sont des appels de décisions établissant une cotisation aux termes de l'ancienne Loi de l'impôt sur le revenu—La question en litige porte sur la réouverture de quatre années d'imposition prescrites en vertu de la Loi—Pour rouvrir ces années d'imposition prescrites, il incombe au ministre d'établir une fausse déclaration par négligence, inattention ou omission volontaire lors de la production des déclarations—La requête a été traitée en cours d'instruction—Le juge de première instance a rejeté la requête et prononcé des motifs par la suite—Les parties demanderesse prétendent que les motifs étaient non seulement entachés d'erreur, mais également mal fondés en droit, car selon eux, la demanderesse devait plaider la première—Il n'a pas tout de suite été interjeté appel de la décision, car les décisions ne peuvent faire l'objet d'un appel tant qu'un jugement n'a pas été prononcé sur les questions litigieuses telles qu'elles figurent aux conclusions des parties—Les dossiers d'appel ne contenaient ni les documents relatifs à la question de procédure ni les motifs du juge de première instance s'y rapportant, parce qu'il ne s'agissait pas d'une question de procédure en matière de preuve traitée à l'instruction, mais plutôt d'une requête interlocutoire non portée en appel—L'avocat de la demanderesse a déposé une requête à la C.A.F. visant à ajouter au dossier d'appel les documents manquants—Requête rejetée au motif que la requête en appel a été déposée en l'absence d'une prorogation de délai—L'avocat de la demanderesse a soutenu que ni lui ni

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

sa cliente ne devrait subir un préjudice—Les principes applicables se trouvent dans *Noel & Lewis Holdings Ltd. c. Canada* (1986), 5 F.T.R. 166 (C.F. 1^{re} inst.)—Les parties demanderesse ont toujours eu l'intention d'interjeter appel—La cause des parties demanderesse est raisonnablement défendable—Enfin, vu les circonstances, il est dans l'intérêt de la justice, non seulement du point de vue des parties demanderesse mais également de celui du règlement de l'affaire, à la lumière de la jurisprudence apparemment contradictoire, de la Cour en ce qui concerne la réouverture d'années d'imposition prescrites, que le fait qu'il incombe à la partie alléguant une fraude ou une fausse déclaration d'établir que celle-ci découle ou non du fardeau imposé au ministre, que ce dernier plaide en premier, à l'instruction—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.

CAN-AM REALTY LTD. C. CANADA (T-3407-90, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-12-96, 7 p.)

SAISIES

Saisie de biens meubles et immeubles et d'actions en exécution de certificats enregistrés par le M.R.N. pour une créance fiscale de 46 000 \$—Requête tendant à faire interdire la saisie de biens et restituer les actions de catégorie «A» en vue de l'exploitation continue de l'entreprise par ce motif que la dette est suffisamment garantie par la valeur nette de la maison saisie—La Cour doit trouver un juste milieu entre le droit du créancier au paiement et la protection du débiteur contre les moyens de recouvrement excessifs—Tout bien pesé, les mesures prises par la Couronne pour garantir la créance par une inscription d'hypothèque contre la maison puis pour trouver un bien plus commode à saisir, sont équitables et raisonnables—La Couronne n'a pas agi de façon précipitée, mais a donné au contribuable le temps nécessaire pour payer—Requête rejetée.

BUCK (RE) (ITA-5021-95, ITA-1325-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-2-97, 5 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Production de documents*

Appel logé par le procureur général contre une décision intérimaire rendue par le protonotaire—Un certificat a été produit par le greffier du Conseil privé aux termes de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada dans le cadre d'un contrôle judiciaire déposé par le requérant—Par ce certificat, le greffier du Conseil privé s'opposait à la divulgation de

PRATIQUE—Suite

certaines renseignements contenus dans la requête pour contrôle judiciaire—Le jour même après que le certificat eut été produit, le juge Tremblay-Lamer a disposé de la requête en contrôle judiciaire en la rejetant—Celle-ci n'a donné aucune directive particulière quant au traitement à accorder au dossier—L'avocat du procureur général demanda que le dossier soit gardé sous scellé sur une base intérimaire jusqu'à l'adjudication de sa requête principale—Le protonotaire a rejeté cette requête séance tenante—Suite à cette décision, le greffe de la Cour leva le sceau de confidentialité qui avait été déposé au dossier—C'est à bon droit que le protonotaire a mis en question le sérieux de la démarche entamée par le procureur général pour obtenir le scellé du dossier—L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada n'a pas la portée que le procureur général semble vouloir y attribuer—En l'espèce, les renseignements en question étaient au vu et au su de tous depuis novembre et décembre 1995—L'art. 39 n'a pas d'effet à l'égard de renseignements qui ont déjà été divulgués—Il n'autorise pas un tribunal à ordonner que des renseignements qui ont déjà été divulgués devant lui soient par la suite soutirés du domaine public—Le protonotaire a conclu que le droit du procureur général au scellé du dossier lui semblait trop incertain pour justifier une ordonnance intérimaire—Il s'agit là d'une conclusion qui était justifiée à la lumière du droit applicable—À cause de son dépôt tardif, le certificat n'a eu aucun des effets prévus à l'art. 39—Appel rejeté—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.

DELISLE C. CANADA (COMMANDANT DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-2285-95, juge Noël, ordonnance en date du 24-2-97, 6 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Action en contrefaçon de brevet—Ordonnance rejetant l'action intentée contre la Couronne et enjoignant à la demanderesse de payer immédiatement après vérification les dépens—Article 5: Préparation et dépôt de deux requêtes en vue d'obtenir un affidavit de documents de la demanderesse aux termes des ordonnances du protonotaire adjoint Giles—Les dépens ont déjà été fixés par les ordonnances du protonotaire adjoint—La taxation en l'espèce est une procédure distincte qu'il ne faut pas confondre, pour les simples fins de la commodité, avec l'adjudication de questions déjà décidées par la Cour—La procédure traite du règlement des comptes qui n'ont pas déjà été vérifiés—Les deux ordonnances du protonotaire adjoint Giles doivent être retranchées de la procédure d'adjudication en l'espèce—Les frais évalués par le protonotaire adjoint ne peuvent pas non plus être inclus sous l'article 27 du tarif ayant trait à tous les «autres services acceptés aux fins de la taxation par l'officier taxateur ou ordonnés par la Cour»—Bien qu'il y ait peu de décisions sur le sens du terme «services», ce poste ne peut pas être assez large pour inclure les dépens déjà déterminés et ordonnés par la Cour—L'article 5 est donc

PRATIQUE—Suite

entièrement supprimé—Article 27: Recherches et investigations en préparation de l'instruction—Il est justifié d'adjuger les dépens sous l'article 27 étant donné que les services ont eu des répercussions sur la façon dont la défenderesse a préparé sa cause—Le nombre d'unités réclamées est diminué étant donné que le pouvoir discrétionnaire de l'officier taxateur ne peut dépasser les paramètres de la fourchette établie pour chaque poste dans une colonne donnée—Quant aux débours, la réclamation au titre des «photocopies» n'est pas suffisamment étayée—Le coût réel des photocopies pour le cabinet d'avocat doit être étayé—Le montant est réduit après présentation par l'avocate du coût réel de chaque photocopie, multiplié par le nombre de copies effectuées—La réclamation pour «les frais du barreau pour l'ouverture du dossier du litige» est nouvelle—Une règle du barreau exige que les cabinets qui représentent une ou plusieurs parties dans un litige civil paie à la Lawyers' Professional Indemnity Corporation une surprime de 25 \$ (maintenant 50 \$)—Ces droits sont obligatoirement perçus pour tous les dossiers dès leur ouverture et sont facturés au client par le cabinet dans les débours—Il pourrait s'agir en fait de frais généraux qui ne peuvent à juste titre être récupérés dans une taxation de frais entre parties—Toutefois, avec quelque hésitation, le poste est autorisé en l'absence d'arguments contraires parce que, à première vue, ils semblent faire partie des débours appropriés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Tarif B, art. 27 (mod. par DORS/95-282, art. 5).

ERA ELECTRONICS (CANADA) LTD. C. QUEBEC NORTH SHORE AND LABRADOR RAILWAY CO. (T-334-95, officier taxateur Reinhardt, taxation en date du 17-1-97, 8 p.)

Les frais de l'action ont été adjugés à la défenderesse Banque Toronto Dominion—Préparation et dépôt du dossier, déposé en vertu de la Règle 321.1 en réponse à l'injonction interlocutoire du demandeur, et de documents des intimés—La requête en injonction est distincte de l'action principale—Et l'audition sur la requête interlocutoire n'a jamais eu lieu, le juge l'ayant remise *sine die*—Le silence de la décision sur les dépens signifie qu'aucune partie ne se verra adjuger les dépens—L'audition, où la requête de la défenderesse pour la radiation de la déclaration a été accordée de consentement, ayant duré une heure car les frais étaient contestés, était-elle une requête contestée au sens de l'art. 5 du Tarif B?—La question des dépens étant une conclusion recherchée par la requête en radiation des plaidoiries et le droit aux dépens étant une question qui devait être tranchée par la Cour, la requête était une requête contestée—3 unités sont accordées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 321.1 (mod. par DORS/92-43, art. 4), Tarif B, art. 5. (mod. par DORS/95-282, art. 5)

GOYETTE C. LABRECQUE (T-412-96, officier taxateur Bonin, taxation en date du 16-1-97, 5 p.)

PRATIQUE—Suite

PARTIES

Qualité pour agir

Recours collectif—Peuples autochtones—Requête, fondée sur les art. 7 et 24(1) de la Charte, visant à rejeter la demande de mise en application de l'art. 81 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (une disposition non impérative qui autorise le Solliciteur général du Canada à conclure un accord avec une collectivité autochtone pour que soient confiés à cette collectivité le soin et la garde d'un délinquant)—Le ministre n'a pas encore mis en pratique l'art. 81—Le critère: est-il évident et manifeste que l'affaire ne réussira pas?—Qualité pour agir: selon la règle générale, les organismes dépourvus de la personnalité juridique ne sont pas des personnes morales et ne peuvent donc pas ester en justice—Un amendement pourrait être apporté à l'intitulé de la cause pour que les membres du Comité apparaissent comme demandeurs sous leurs propres noms, au lieu du Comité—Le fait que le demandeur n'est pas à ce stade représenté par un avocat n'est pas un vice fatal—La Cour n'est pas certaine qu'une association dépourvue de la personnalité juridique puisse invoquer l'art. 24(1) de la Charte—Actions collectives aux termes de la Règle 1711: les parties doivent avoir le même intérêt dans l'action; elles doivent partager le même chef de plainte; la réparation doit profiter à tous—La procédure engagée est viciée, car le Comité aurait dû présenter des pièces attestant qu'il représente davantage que ses cinq membres—La Cour n'a pas été convaincue que le Comité a la capacité de représenter équitablement et adéquatement quelque 1 800 délinquants autochtones, d'autant plus qu'il n'est pas lui-même représenté en justice comme il devrait l'être—Il importe d'identifier comme il convient les personnes au nom desquelles l'action collective ou catégorielle est engagée, et leur intérêt doit être démontré—En l'espèce, la catégorie était suffisamment définie—Cependant, l'intérêt et le sujet de plainte des membres de la catégorie proposée ne semblent pas les mêmes pour tous—Les facteurs à considérer seront trop nombreux—L'art. 81 de la Loi n'oblige pas le ministre à confier à des collectivités tous les délinquants autochtones—Le ministre doit considérer le cas de chaque délinquant—Certains membres de la catégorie pourraient bénéficier de l'éventuelle mise en pratique de l'article visé de la Loi, mais d'autres non—La présente procédure ne convient donc pas à une action collective—Requête accueillie—En l'espèce, la disposition non impérative n'entraîne pas d'obligation formelle—Une procédure de *mandamus* n'est pas recevable pour forcer le ministre à adopter une politique—La présente action ne peut réussir, que ce soit comme action collective ou comme action engagée par l'un ou plusieurs des demandeurs sous leurs propres noms—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 81 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 21).

COMITÉ POUR LE TRANSFERT DES DÉLINQUANTS AUTOCHTONES DE L'ÉTABLISSEMENT MOUNTAIN C.

PRATIQUE—Suite

CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-1940-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 6-1-97, 13 p.)

PLAIDOIRIES

Appels de trois ordonnances interlocutoires ayant trait à la défense et demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon de brevets se rapportant à des lasers excimères utilisés pour remodeler la cornée par l'ablation de cellules à la surface de la cornée—La première ordonnance a rejeté l'appel de l'ordonnance portant radiation de paragraphes de la défense—La deuxième ordonnance a rejeté l'appel du refus d'autoriser le dépôt d'une troisième défense et demande reconventionnelle modifiée alléguant l'invalidité pour cause d'inutilité—La troisième ordonnance portait rejet de trois paragraphes de la troisième défense et demande reconventionnelle modifiée—Appels rejetés—S'agissant, comme en l'espèce, de l'appel d'une ordonnance discrétionnaire rendue par le juge des requêtes dans une affaire interlocutoire, une décision vraiment compatible avec l'utilisation optimale des ressources judiciaires et la gestion optimale du temps des juges devrait être axée non pas sur le bien-fondé des arguments soumis au juge des requêtes, mais sur la question de savoir si ce dernier a exercé son pouvoir judiciairement—En appel, les avocats ne devraient débattre la question du bien-fondé que dans la mesure nécessaire pour prouver que le juge des requêtes n'a pas exercé son pouvoir judiciairement—Les appelants n'ont pas établi que les juges des requêtes n'ont pas exercé leur pouvoir discrétionnaire judiciairement—La Cour n'entravera pas le pouvoir discrétionnaire d'un juge des requêtes de rendre des ordonnances interlocutoires de ce genre à moins qu'on ne la convainque que le juge a commis une erreur dans son appréciation de l'acte de procédure ou une erreur de droit en rendant l'ordonnance, soit en appliquant fautivement un principe juridique soit en appliquant un principe erroné—Si les appelants ne satisfont pas à cette norme de contrôle, la Cour ne saurait accueillir l'appel même si, sur le fond des prétentions, elle aurait statué autrement si elle avait entendu l'affaire en premier lieu—Dans l'arrêt *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (C.A.F.), on a conclu qu'une ordonnance discrétionnaire ne devrait être infirmée que si le juge des requêtes a eu manifestement tort sur les faits, s'est fondé sur un principe de droit erroné ou si sa décision produit une injustice quelconque pour l'appelant—Quelle que soit la façon dont la norme de contrôle est exprimée, les appelants n'y satisfont pas—Dans le cadre de l'appel de la deuxième ordonnance, les appelants ont produit un affidavit auquel étaient annexés cinq articles techniques au soutien des faits allégués dans les nouveaux paragraphes où étaient plaidées l'inutilité et l'invalidité—Le juge des requêtes a confirmé le refus du protonotaire adjoint d'autoriser les modifications au motif que la preuve par affidavit était insuffisante—Un acte de procédure doit contenir uniquement les faits essentiels sur lesquels les parties se fondent—Si la nature des modifications est claire, il n'y a pas lieu d'invoquer la preuve devant

PRATIQUE—Suite

servir à prouver ces faits—La modification ne devrait pas être autorisée si, dans l'hypothèse où elle ferait déjà partie de l'acte de procédure proposé, elle serait susceptible d'être radiée en vertu de la Règle 419—La Cour ne devrait pas accepter une preuve au soutien d'une demande d'autorisation de modifier un acte de procédure en vertu de la Règle 420, à moins que cette preuve ne soit nécessaire pour clarifier la nature des modifications proposées—La Cour doit présumer la véracité des faits allégués dans les modifications aux fins de déterminer s'il convient d'accorder l'autorisation de modifier—La nature et la justification des modifications étant claires, l'affidavit n'aurait pas dû être déposé et le juge des requêtes a commis une erreur en en tenant compte—Encore là, le juge des requêtes ayant expressément conclu que même si les faits allégués dans les modifications étaient vrais, les modifications ne révélaient aucune cause raisonnable de défense, la décision a été correctement rendue en conformité avec le droit—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 420.

NIDEK CO. LTD. C. VISX INC. (A-526-94, juge en chef Isaac, jugement en date du 30-12-96, 10 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Action intentée par la demanderesse (Télévision publique russe) contre les défenderesses CHUM et la Russian Canadian—Déclaration déposée le 12 février 1996—Défense déposée par Russian Canadian le 11 mars 1996—Les défenderesses CHUM ont présenté une requête en radiation de la déclaration ou en précisions—La défenderesse Russian Canadian a présenté une requête en garantie pour les dépens—La Cour a ordonné qu'une garantie pour les dépens au montant de 1 700 \$ soit fournie à Russian Canadian dans un délai de 30 jours, et a ordonné la suspension de l'instance jusqu'à cette date—La Cour a également ordonné qu'une garantie de 14 112 \$ soit fournie à Russian Canadian d'ici le 8 décembre 1996—Les défenderesses CHUM ont présenté une requête en renvoi de l'action au motif que les précisions ordonnées n'ont pas été fournies—Russian Canadian a demandé le rejet de l'action pour défaut de la Télévision publique russe de fournir la garantie pour les dépens—Une suspension permanente de l'action a été ordonnée le 25 novembre 1996—Il n'est pas certain que l'ordonnance ait été rendue *ex parte* au sens de la Règle 330—L'ordonnance de suspension permanente a un effet définitif—La Règle n'établit pas de distinction entre ordonnances interlocutoires et définitives—Cette Règle ne permet pas d'annuler des jugements—Aucun jugement n'a été rendu en l'espèce—Il n'y a lieu de lever la suspension que lorsque des faits nouveaux sont soumis à la Cour—Il ne convient pas de lever la suspension parce que des faits sont maintenant disponibles qui ne l'étaient pas au moment où l'ordonnance a été prononcée—La Règle 1733 ne s'applique pas à la demanderesse—La requête visant à faire lever la suspen-

PRATIQUE—Suite

sion de l'action intentée contre les défenderesses CHUM est rejetée—La requête de la défenderesse Russian Canadian est rejetée—La requête de la demanderesse en prorogation du délai imparti pour le versement de la garantie pour les dépens est accueillie en partie, en ce que la demanderesse pourra, dans les 10 jours suivant la date de l'ordonnance, effectuer le dernier versement de la garantie pour les dépens de la défenderesse Russian Canadian, et qu'elle devra également payer les dépens de la requête de Russian Canadian ainsi que ceux des requêtes antérieures renouvelées sur la base procureur-client—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 330, 1733.

PUBLIC RUSSIAN TELEVISION O.R.T.V. C. CHUM LTD. (T-338-96, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 24-2-97, 7 p.)

Demande d'ordonnance provisoire en vertu de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale visant à faire suspendre les procédures du tribunal canadien des droits de la personne jusqu'à ce qu'il soit statué sur les demandes de contrôle judiciaire de Bell Canada dans les dossiers n^{os} T-1414-96, T-1985-96 et T-2722-96—L'Association canadienne des employés de téléphone (ACET) a déposé devant la Commission cinq plaintes relatives à l'équité salariale—Dans son rapport final, un comité conjoint a conclu qu'il existait un écart salarial substantiel entre le personnel masculin et féminin de Bell Canada—La Commission a demandé au président de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes portées par les intimés et selon lesquelles Bell Canada aurait violé l'art. 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne en versant des salaires discriminatoires du fait du sexe—Le président a constitué un tribunal pour examiner les plaintes contre Bell Canada le 7 août 1996—Le tribunal a fait savoir qu'il entendait examiner les plaintes que la Commission lui avait déferées, indépendamment de la demande de contrôle judiciaire de Bell Canada—Une demande de suspension d'instance a été présentée pour chacune des demande de contrôle judiciaire—La question était de savoir s'il convenait de suspendre l'instance devant le tribunal jusqu'à ce qu'il soit statué de façon définitive sur chacune des trois demandes de contrôle judiciaire présentées par Bell Canada—Le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient—Lorsqu'elle examine les plaintes, la Commission doit évaluer la force probante de la preuve et décider de poursuivre ou non l'enquête—La Commission est maître de sa propre procédure—Le contrôle judiciaire d'une enquête ou d'une décision dont on allègue la déficience n'est justifié que si la déficience est manifeste—Le tribunal est habilité à rendre des décisions procédurales, telle l'opportunité d'ajourner une instance, sans que ces décisions soient sujettes au contrôle judiciaire—La requérante a également soulevé la question de la partialité—Dans le cas d'une fonction administrative ou d'enquête, la norme applicable n'est pas celle de la crainte

PRATIQUE—Fin

raisonnable de partialité de la part de l'enquêteur; il s'agit plutôt de déterminer si l'enquêteur a gardé son esprit ouvert, s'il n'a pas préjugé la question—Le moyen préliminaire de Bell Canada est rejeté—L'analyse en trois étapes devrait s'appliquer aux demandes d'injonctions interlocutoires comme aux demandes de suspension d'instance—En ce qui concerne le critère de la question sérieuse, les exigences minimales ne sont pas élevées—La demande de contrôle judiciaire portant le n° de greffe T-1414-96 soulève une question sérieuse à juger—L'allégation d'appréhension de partialité de la part du tribunal faite par Bell Canada dans le dossier n° T-2722-96 ne soulève pas une question sérieuse à juger—Son allégation de partialité institutionnelle ne soulève pas non plus de question sérieuse à juger—Bell Canada allègue qu'elle devra consacrer des efforts considérables et qu'elle verra ses activités commerciales perturbées par la préparation des témoins appelés à témoigner, en plus d'encourir des frais de poursuite—Il n'existe pas de circonstances spéciales permettant à la Cour de considérer les coûts ou les perturbations allégués comme un préjudice irréparable—La requérante n'a pas satisfait au second volet du critère—En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, la Cour doit tenir compte du fait qu'il est dans l'intérêt public que les plaintes de discrimination soient traitées avec diligence—Il n'est pas dans l'intérêt public de retarder les procédures en instance devant le tribunal—Compte tenu de l'intérêt public et de l'intérêt des plaignants, il n'y a pas lieu d'accorder de suspension—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11.

BELL CANADA C. SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER (T-1414-96, T-1985-96, T-2722-96, juge Richard, ordonnance en date du 21-2-97, 18 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'adjudicateur siégeant en vertu de l'art. 242 du Code du travail décidait qu'il n'avait pas compétence pour décider du bien-fondé de la plainte de congédiement injuste logée par la requérante, au motif qu'elle occupait un poste de directeur (directeur de poste) au sens de l'art. 167(3) du Code au moment de son congédiement—Essentiellement, la requérante prétend qu'elle ne peut en même temps être au bas de la pyramide de gestion tout en étant directeur au sens de l'art. 167(3) de Code—Ce n'est pas le titre qui est attribué à un cadre, ni sa situation dans la pyramide hiérarchique qui doit servir à déterminer si un employé est un directeur mais bien la nature du travail réellement effectué—Un membre de la direction qui de fait a comme tâche principale celle de diriger est un directeur au sens de l'art. 167(3) qu'il se situe au haut ou au bas de la pyramide de direction—La requé-

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

rante avait notamment le pouvoir d'engager les employés, de les discipliner, de les remercier, de préparer les budgets d'opérations, de modifier les affectations de personnel—Elle était la personne responsable des opérations de l'intimée à Dorval avec tous les attributs de direction que ceci comporte—Elle avait suffisamment d'autonomie décisionnelle et de pouvoirs discrétionnaires pour en faire un directeur au sens de l'art. 167(3)—L'adjudicateur n'a pas agi de façon déraisonnable ni ignoré la preuve qui était devant lui—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 167(3), 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16).

LEONTSINI C. BUSINESS EXPRESS INC. (T-1831-95, juge Noël, ordonnance en date du 10-1-97, 8 p.)

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Sécurité de la vieillesse—Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal de révision, établi en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, selon laquelle l'intimée pouvait bénéficier de l'allocation au conjoint-veuve—Le premier mari de l'intimée est décédé en 1970—Elle s'est remariée en 1973—Son second mariage s'est terminé, en 1979, par un divorce et son second mari est décédé en 1990—Sa demande d'allocation au conjoint-veuve a été rejetée, le ministre de la Santé et du Bien-être social estimant qu'elle n'y était pas admissible compte tenu de la manière dont la loi définit une veuve (les personnes remariées ne peuvent bénéficier de l'allocation)—Étant donné qu'elle s'était remariée, elle n'était pas admissible à cette prestation au titre de son premier mari—Étant donné que son second mariage s'est soldé par un divorce, elle n'était pas veuve lorsque son deuxième mari est décédé—Le tribunal de révision a accueilli l'appel de la décision du ministre au motif que les dispositions législatives régissant la sécurité de la vieillesse devraient être analogues à celles qui s'appliquent au Régime de pensions du Canada et qu'il y aurait lieu de modifier la Loi afin de tenir compte de situations telles que celle de l'intimée—Non seulement la Cour peut-elle intervenir, mais elle est même tenue de le faire, malgré la clause privative que contient la Loi sur la sécurité de la vieillesse, parce qu'il s'agit d'un cas d'inobservation formelle d'un texte de loi par le tribunal, qui a ainsi outrepassé ses compétences—L'annulation, par l'église, du deuxième mariage de l'intimée ne comptait pas aux fins de l'allocation au conjoint-veuve prévue par la Loi sur la sécurité de la vieillesse—Demande accueillie—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 1), 28(2) (mod., *idem*)—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LANDRY (T-1622-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 25-2-97, 6 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing
PWGSC
Ottawa, Canada
K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Les Éditions du gouvernement du Canada
TPSGC
Ottawa, Canada
K1A 0S9